المستشار الدكتور
محمد ماهر أبو العينين
نائب رئيس مجلس الدولة

الإنحراف التشريعي
والرقابة على دستوريته
دراسة تطبيقية

الكتاب الثاني

تطورات الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع والانحراف التشريعي

الرقابة على الغلط البين - الرقابة على التناسب في التشريع - عدم الاختصاص السلبي للمشرع - فكرة التصحيح التشريعي - الرقابة على بواعث التشريع وملاءمته - تطورات فكرة الانحراف التشريعي في الفقه والقضاء الدستوري - المادة ٧٦ من الدستور والطريق إلى الانحراف في استعمال سلطة التعديل الدستوري - ضوابط تعديل الدستور وإصلاح المؤسسات الدستورية.

ملحق خاص
العوامل المؤثرة على عمل القاضي الدستوري

الطبعة الأولى
2013

المركز القومي للإصدارات القانونية
54 ش علي عبد اللطيف - الشيخ ريحان - عابدين - القاهرة
Mob: 01115555760 - 01002551696 - 01224900337
Tel:002/02/27959200 - 27964395 - Fax: 002/02/27959200
Email: walied_gam@yahoo.com law_book2013@yahoo.com
www.publicationlaw.com

المستشار الدكتور
محمد ماهر أبو العينين
نائب رئيس مجلس الدولة

الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته

دراسة تطبيقية

الكتاب الثاني

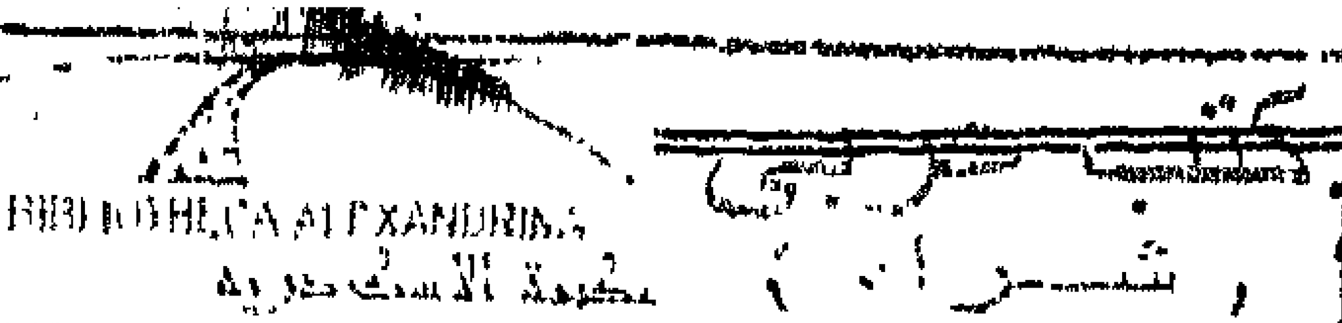
تطورات الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع والانحراف التشريعي

الرقابة على الغلط البين – الرقابة على التناسب في التشريع – عدم الاختصاص السلبي للمشرع – فكرة التصحيح التشريعي – الرقابة على بواعث التشريع وملاءمته – تطورات فكرة الانحراف التشريعي في الفقه والقضاء الدستوري – المادة ٧٦ من الدستور والطريق إلى الانحراف في استعمال سلطة التعديل الدستوري – ضوابط تعديل الدستور وإصلاح المؤسسات الدستورية.

ملحق خاص

العوامل المؤثرة على عمل القاضي الدستوري

الطبعة الأولى
2013



المركز القومي للإصدارات القانونية
54 ش علي عبد اللطيف – الشيخ ريحان – عابدين – القاهرة
Mob: 01115555760 – 01002551696 – 01224900337
Tel: 002/02/27959200 – 27964395 – Fax: 002/02/27959200
Email: walled_gum@yahoo.com law_book2003@yahoo.com
www.publicationlaw.com

عنـــوان الكتاب: الانحراف التشريعي والرقابة علي دستوريته
" تطورات الرقابة علي السلطة التقديرية للمشرع والانحراف التشريعي "الكتاب الثانى"
اسم المؤلف: دكتور/ محمد ماهر ابو العينين
تاريخ الطبعة: 2013
رقم الايداع: 2013/2166
الترقيم الدولى: 978-977-6223-72-1
عدد الصفحات: 712
المقاس : 24x17 سم





المركز القومى للاصدارات القانوينة
54 ش على عبد اللطيف ـ الشيخ ريحان ـ عابدين
Mob: 01115555760/01002551696 Tel:002/02/27964395
Email :Walied_gun@yahoo.com law_book2003@yahoo.com
www.publicationlaw.com

الجزء الثاني
تطورات فكرة الانحراف التشريعي وتطبيقاته
في الفقه والقضاء

والرقابة على السلطة التقديرية للمشرع
الفترة من عام ١٩٨٩ إلى عام ٢٠٠٦

مقدمة:-

بعد مضي ما يزيد على خمسة عشر عاماً من مناقشة رسالتنا حول الانحراف التشريعي كان واجباً علينا أن نتعرض لموقف الفقه والقضاء من فكرة الانحراف كما أصبح واجباً أن نعرض لإمكانيات ظهور عيب الانحراف في ظل تشكيل البرلمان خلال هذه الفترة وهل مازالت الفكرة والنظرية لها مكانها في التطبيق العملي أم أنها أصبحت فكرة نظرية يتعين عدم الاعتداد بها ومن خلال هذا العرض سيتبين لنا أن فكرة الانحراف فكرة حية ومتطورة في نطاق القانون العام وبعد أن انتقلت من القانون الخاص إلى القانون العام وتفرقت بين فروعه من الانحراف في استعمال السلطة الإدارية إلى الانحراف في استعمال الإجراء وانتقلت إلى القانون الدستوري خلال الانحراف في استعمال السلطة التشريعية وبلغت ذروتها بما انتهت إليه من احتمال ظهورها في خصوص استعمال السلطة الدستورية حيث أصبح من المتصور وجودها في صورة انحراف في استعمال السلطة التأسيسية أي أنه أصبح من المتصور وجود انحراف في تعديل الدستور ذاته وقبل أن نعرض لتطور هذه الفكرة في الفقه والقضاء علينا أن نسرد بإيجاز مفترضات فكرة الانحراف التشريعي في ضوابطها الصحيحة.

ويمكن القول من تحليل ما جاء بالقسم الأول من هذا الكتاب إن التشريع المشوب بعيب الانحراف له عنصران الأول أنه عمل قانوني قد سلمت جميع أركانه الأخرى والثاني عنصر إيجابي مفاده أن ركن الغرض وحده في ذلك التشريع هو المعيب وخصائص فكرة الانحراف التشريعي كما أوضحناها في القسم الأول أن عيب الانحراف يرد على السلطة التقديرية للمشرع وأن عيب الانحراف هو عيب ذاتي وهو ما يميزه عن سائر عيوب التشريع الأخرى وأن عيب الانحراف هو عيب قصدي في سلوك المشرع وأخيراً فهو عيب باطني أو

خفي ويضيف بعض الشراح[1] أنه عيب احتياطي ولكن هذا الأمر لا يتعلق بخصائص هذا العيب بقدر ما يتعلق بطريقة كشفه.

وفي ضوء هذه العناصر والضوابط نعرض في هذا القسم أولاً تطورات الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع والتي سيظهر منها بلوغ القاضي الدستوري مبلغاً متطوراً أو كبيراً في رقابته لأعمال المشرع التقديرية على نحو يساوي بل يفوق دور القاضي الإداري في هذا الخصوص والفارق بين القاضي الإداري والدستوري أن الأخير لا يفصح عن العيب الذي شاب التشريع وهل هو في المحل أو السبب ومن هنا يستتر تحت سلطته في تفسير النصوص الدستورية ليقرر عدم دستورية التشريع دون الإشارة إلى الركن الذي أصابه العوار وعندما ننتهي من استعراضنا لتطور الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع في هذا الخصوص سنستطيع بسهولة إرجاع عيب الانحراف إلى ضوابطه ومميزاته ونستطيع أن نبرز مدي إنضباطه في أسسه وأركانه على نحو يجعله من العيوب التي تدخل في عمل القاضي بصورة خالصة وليس من شأنه أن يجعل القاضي يتدخل في نطاق السلطة التقديرية للمشرع.

---

(١) د. عبدالمنعم عبدالحميد إبراهيم رسالة المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي – جامعة القاهرة ٢٠٠١ ص ٦٤.

الباب الأول
الفقه الدستوري
وتطورات الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع

عندما عرضنا في رسالتنا عن الانحراف التشريعي للسلطة التقديرية للمشرع لم تكن المحكمة الدستورية العليا في مصر قد باشرت رقابة جادة وحقيقية على جوانب هذه السلطة كما لم يعنى الفقهاء بدراسة مسلك المجلس الدستوري في فرنسا حول هذا الموضوع وبمرور الوقت ظهرت دراسات فقهية بارزة وتطبيقات قضائية متتالية للرقابة على السلطة التقديرية للمشرع جعلت مدي هذه الرقابة يصل بل ويفوق في بعض الأحيان ذلك الذي وصلت إليه الرقابة في نطاق القانون الإداري وما ذلك إلا لاتساع مساحة السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع ومن ثم أتاحت هذه المساحة للقاضي الدستوري أن يتدخل لفرض رقابته وموازنته وملاءمته في هذا النطاق الواسع الذي يتمتع فيه المشرع بسلطة تقديرية.

والأفكار التي تعرضت لرقابة القضاء الدستوري للسلطة التقديرية للمشرع نعرضها فيما يلي وقبلها نتعرض للمستقر عليه في الفقه والقضاء الدستوري حول السلطة التقديرية للمشرع.

تمهيد

ذهب أحد كبار قضاة المحكمة الدستورية العليا في خصوص سلطة التقدير التي يملكها البرلمان إلى أنه:-

يفترض لجواز التقدير دستورياً أن يفاضل المشرع وفق أسس منطقية بين بدائل تتزاحم جميعها على تقديم حلول مختلفة في الموضوع الواحد، وأن جميعها يدور في إطار المصلحة العامة ويتغيا تحقيقها. فلا تطرح هذه البدائل غير حلول منطقية وقانونية ينظر المشرع فيها ليختار أقلها تقييداً للحقوق التي ينظمها، وأعمقها اتصالا بالأغراض التي تستهدفها، وبالمصالح التي تعطيها فاعليتها.

ومن ثم لا يكون مناط التقدير انحرافا أو إلتواء، وإنما هو إعمال حكم العقل في شأن حلول مختلفة تتنازع جميعها الموضوع محل التنظيم، ليعطيها المشرع حقها من التقييم الموضوعي المجرد من مظاهر الافتعال والتعامل. فلا تنفصل الحلول التي ينتقيها عن واقعها وكأنها تحلق في الفراغ.

ولا يجوز أن يقال بأن خوض جهة الرقابة القضائية على الدستورية في نطاق السلطة التقديرية للمشرع على النحو المتقدم، هو إحلال لنفسها محل المشرع فيما يراه صواباً. ذلك أن جهة الرقابة هذه، لا تقدم للمشروع بديلاً تراه هي أكثر ملائمة أو أجدر قبولاً. وإنما تحرص هذه الجهة على تحقيق أمرين:

<u>أولهما:</u> تحديد الأغراض النهائية التي توخاها المشرع من التنظيم التشريعي المطعون فيه.

<u>ثانياً:-</u> النظر في الوسائل التي أختطها المشرع لتحقيق هذه الأغراض.

وعلى ضوء هاتين الوجهتين، لا يعتبر عمل المشرع موافقاً للدستور، ما لم تتوافر علاقة مفهومة تربط النصوص القانونية التي أقرها أو أصدرها بأهدافها.

وشرط ذلك بطبيعة الحال ألا يكون الدستور قد قيد المشرع بفرائض حددها، إذ يتعين عندئذ إبطال النصوص القانونية التي تخالفها - أياً كان قدر اتصالها بأهدافها - ذلك أن فرائض الدستور لازمها أن يعمل المشرع في إطار سلطة مقيدة لا تقديرية.

وحدود السلطة التقديرية التي يعمل المشرع في نطاقها على النحو المتقدم، هي التي كفلتها المحكمة الدستورية العليا منذ إنشائها، وعلى امتداد سنين طويلة من عمرها ، لتلفظها بعد ذلك في أواخر ٢٠٠٢. ذلك أن هذه المحكمة تقرر في حكمها في القضية رقم ٥ لسنة ٢٢ قضائية "دستورية" الصادر عنها بجلستها المعقودة في ٢٠٠١/١٢/٩[1]. أن الدائرة التي يباشر المشرع في نطاقها سلطته التقديرية، هي الواقعة بين حدين، يتعلق أحدهما بما يعتبر واجباً، وثانيهما بما يكون نهياً.

ولعل ما تقصد إليه المحكمة من ذلك، هو أن الدستور قد يأمر المشرع بعمل معين أو ينهاه عن عمل، فلا تكون أوامر الدستور، ونواهيه، إلا قيداً على سلطة المشرع في تنظيم الحقوق. فإذا التزم المشرع ما أمره الدستور به أو ما نهاه عنه، فإن سلطته التقديرية تكون مطلقة.

وقضاء المحكمة الدستورية العليا في ذلك محل نظر من ناحيتين:-

أولاهما: أن السلطة المخاطبة بأوامر الدستور ونواهيه، تتقيد بتنفيذها في كل الأحوال شأن أوامره التي كفلها بالخضوع لها، شأن نواهيه التي عليها ألا

---

(١) ونص عبارات الحكم هي: "أن الدائرة التي يجيز فيها الدستور للمشرع أن يباشر سلطته التقديرية لمواجهة مقتضيات الواقع، هي الدائرة التي تقع بين حدي الوجوب والنهي الدستوريين. ومن ثم يكون الاختلاف بين الأحكام التشريعية المتعاقبة التي تنظم موضوعاً واحداً، تعبيراً عن تغير الواقع عبر المراحل الزمنية المختلفة، ولا يعد ذلك إخلالاً بمبدأ المساواة الذي يستقي أحد أهم مقوماته من وحدة المرحلة الزمنية التي يطبق خلالها النص القانوني الخاضع لضوابط المبدأ. فإذا تباينت النصوص التشريعية في معالجتها لموضوع واحد، وكان كل منها قد طبق في مرحلة زمنية مختلفة، فإن ذلك لا يعد بذاته إخلالاً بمبدأ المساواة، وإلا تحول هذا المبدأ من ضابط لتحقيق العدالة، إلى سند حائل دون التطور التشريعي"

يقربها. ومن ثم يكون واجبها منصرفاً إليهما معاً. ذلك أن أوامر الدستور حمل لها على أداء عمل معين، ونواهيه حمل لها على اجتنابه، ليكون الأمر والنهي واجبين على السلطة التشريعية.

ثانيهما:- أن للقيود التي يفرضها الدستور على السلطة التشريعية صوراً متعددة:

فقد يحيل الدستور إلى القانون في تنظيم حق معين، كحق الهجرة الدائمة أو الموقوتة. وقد يجعل أداء الضريبة واجباً وفقاً للقانون، أو يقرر تنظيم الحق في الاجتماع على الوجه المنصوص عليه في القانون. أو يجعل التجنيد إجبارياً وفقاً للقانون، أو يحيل إلى القانون لتحديد الأحوال التي تقام فيها الدعوى الجنائية بغير أمر من الجهة القضائية.

ففي هذه الصور جميعها لا يجوز بغير قانون، تنظيم الموضوع التي تتعلق به هذه النصوص، وإن ظل مضمون التنظيم وحقيقة الأغراض التي يتوخاها ، خاضعاً للرقابة على الشرعية الدستورية، ولا يدخل بالتالي في نطاق السلطة التقديرية للمشرع.

ذلك أن دائرة تنظيم المشرع للحقوق بوجه عام، هي الدائرة الأكثر اتصالا بحقوقهم وحرياتهم العامة التي كفلها الدستور. وهي كذلك الدائرة التي يبسط عليها التنظيم المقارن للرقابة على الشرعية الدستورية. أكثر أشكال هذه الرقابة صرامة وبأساً، خاصة بعد أن لم تعد دائرة حقوقهم وحرياتهم هذه، منحصرة في تلك التي نص عليها الدستور وفصلها، وإنما تعدتها إلى حقوق جديدة لا نص عليها في الدستور.

ومن ذلك ما تقرر في التنظيم المقارن من اعتبار الحق في تسيير المرافق العامة، والحق في التنمية، والحق في التعاقد، والحق في إنهاء الحياة، والحق في الإجهاض، والحق في النفاذ إلى القضاء بدرجاته المختلفة، من قبيل الحقوق التي يتعين ضمانها، ولو لم يرد بها نص في الدستور. فلا تكون حقوقاً منحصرة في دائرة مغلقة لا تقبل الإضافة إليها أو التعديل فيها، بل هي دائرة مفتوحة تقبل مزيداً من الحقوق الجديدة التي لها قيمة دستورية.

فالعمال الذين يضربون عن العمل، يعتبر حقهم في ذلك ذا قيمة دستورية، ولو كان هذا الحق مسكوتاً عليه في الدستور. وينظر إلى النفاذ إلى القضاء باعتباره حقاً ذا قيمة دستورية إذا لم ينص الدستور على هذا الحق.

وتبلور هذه المفاهيم الجديدة لحقوق المواطنين وحرياتهم نمطاً جديداً من الحماية الدستورية للحقوق لا ينغلق على صورها المنصوص عليها في الدستور، وإنما يتعداه إلى حقوق جديدة تنداح دائرتها يوماً بعد يوم لتظهر في قائمة حقوق المواطنين وحرياتهم، حقوق مبتداه كان مجرد تصورها بعيداً عن الأذهان(١).

وقد يعطي الدستور أوامر مباشرة للمشرع في موضوع حدده، فلا يكفله فقط بإصدار قانون لتنظيم هذا الموضوع، وإنما ينهاه عن عمل معين، كأن يخطر مصادرة وسائل الاتصال، أو الإطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي يكون مسبباً ولمدة محددة ووفقاً لأحكام القانون. (مادة ٤٥ من الدستور).

---

(١) لم يعتبر المجلس الدستوري الفرنسي عدم رجعية القرارات الإدارية، ولا حرية التجارة والصناعة، ولا المساواة في المعاملة على صعيد العلانق الاقتصادية، ولا شرط المواجهة في الإجراءات الإدارية Lo procedure contradictioire er matière administrative ، ولا حتى وجود طعن بإساءة استعمال السلطة، من المبادئ العامة للقانون ذا الصفة الدستورية. أنظر في ذلك ص ٧٨٩ من الطبعة الثانية لمؤلف عنوانه دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة – تحليلات وتعليقات تحت إشراف كل من الفقهين Gerald Conac; Frnçois Luchair وقد اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي حق النفاذ إلى القضاء من الحقوق ذات القيمة الدستورية C.C.٢٣ mai ١٩٧٩, p. ٢٧;٢٢. juillet ١٩٨٨, p.٤٦ ويلاحظ أن تعدد درجات التقاضي كان من المسائل المختلف عليها بين مجلس الدولة الفرنسي والمجلس الدستوري الفرنسي، فبينما يعتبره مجلس الدولة من المبادئ العامة في القانون الواجب تطبيقها (C.E, ٤ fev. ١٩٤٤) فإن المجلس الدستوري الفرنسي لا يراه كذلك (C.C. ١٩ (nov. ١٩٧٥

كذلك يعتبر مبدأ ذا قيمة دستورية أن يكون سكوت الإدارة عن اتخاذ قرار معين كان يجب عليها اتخاذه وفقاً للقانون، بمثابة رفض لهذا القرار.

وقد يكفل الدستور حرية الصحافة ويحظر إنذارها أو وقفها أو إلغاءها إدارياً (مادة ٤٨ من الدستور).

وقد يحظر إيذاء كل مواطن يقبض عليه أو يحبس أو تقيد حريته على وجه آخر، سواء كان هذا الإيذاء بدنياً أو معنوياً (مادة ٤٢ من الدستور).

وقد لا يجيز الدستور – وفيما عدا حالة التلبس بالجريمة – القبض على الشخص أو تقييد حريته من خلال التفتيش أو الحبس أو غيرهما أو حرمانه من الحق في التنقل، إلا بأمر يتطلبه التحقيق وصيانة الأمن العام، على أن يصدر هذا الأمر من قاض أو من النيابة العامة، وذلك وفقاً لأحكام القانون (مادة ٤٢ من الدستور).

وقد لا يجيز كذلك إجراء تجربة طبية أو علمية على إنسان بغير رضائه الحر.

تلك نواه يفرضها الدستور على المشرع أو على جهة الإدارة. ويدل إمعان النظر فيها على أنها جميعها تعمل في إطار منظومة تتكامل حلقاتها وتتظافر أجزاؤها. ولا يجوز بالتالي تفسيرها بعداً عن الإطار العام الذي يشملها.

فخطر مصادرة وسائل الاتصال المختلفة أو الإطلاع عليها، فرع من حرية التعبير. ذلك أن وسائل الاتصال هذه لا يحميها الدستور لذاتها، وإنما بالنظر إلى رسالتها التعبيرية التي تحملها. ويتعين بالتالي أن تواجه الهيئة القضائية كل قانون يصادر رسالتها هذه، باعتباره قانوناً مخالفاً للدستور. شأن وسائل الاتصال البريدية والبرقية والهاتفية في ذلك ، شأن وسائل الإعلام التي تتصدرها الصحافة باعتبارها أكثر وسائل الإعلام قوة ومضاء بالنظر إلى اتساع الدائرة التي تعمل فيها، واتصالها بالتالي بأعداد غفيرة من المواطنين الذي يتطلعون إلى الكلمة الصادقة، ولو كانت تعبيراً مناوئاً للدولة.

وتظل رسالتها التعبيرية واقعة في إطار الحق العام المنصوص عليه من المادة ٤٧ من الدستور التي تكفل للناس جميعهم حرية التعبير عن آرائهم ونشرها بالقول أو بالكتابة أو بالصورة أو بغير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون، فلا يقيد القانون حريتهم هذه إلا لمصلحة قاهرة، كأن تكون آراؤهم جزءاً من مطبوع داعر تنعدم قيمته الاجتماعية، ولا يتمخض إلا فحشاً وفجوراً.

كذلك، فإن صون كرامة الإنسان، هي الخلفية التاريخية والإنسانية لعدم جواز إيذائه أو فرض عقوبة قاسية عليه أو إخضاعه لمعاملة تتنافي آدميته بالنظر إلى شذوذها أو إجراء تجربة طبية أو عملية عليه بغير رضاه.

ويتعين بالتالي أن ينظر في مدة العقوبة أو المعاملة التي لا يجوز فرضها على إنسان، إلى معاييرها في الضمير الحر، وإلى ما لا يجوز من صورها، وتلك العقوبة أو المعاملة التي تمعن في قسوتها أو في خروجها عن ضوابط الاعتداء، لتحط من كرامة الإنسان وفق مستوياتها المعاصرة.

فنحن إذن في إطار نواة لا تعمل بوصفها قائمة بذواتها، وإنما في إطار حقوق أعم، وعلى ضوء منظومة أشمل يعتبر الدستور فيما أتي به من نواة، واقعاً في إطارها، وعلى الهيئة القضائية أن تعاملها لا من منطلق أن للمشرع بالنسبة إليها سلطة تقديرية كاملة، وإنما من منظور المنظومة الشاملة التي تسعها ، وتعتبر من تخومها.

وتبقي بعد هذه الصورة الثالثة من القيود التي يفرضها الدستور ضمناً على المشرع. ذلك أن الدستور لا يكفل للمواطنين حقوقهم وحرياتهم التي ينص عليها ، لتعمل في الفراغ، أو بما يجردها من منافعها أو يعطل استثمار مكناتها. وإنما ليعطيها قيمتها العملية من خلال ضمان المجال الطبيعي لحركتها، فلا تهيم على وجهها، ولا تنهدم لتخور قواها. ومن ثم جاز تنظيمها بما لا يعطلها أو يرهقها، وعلى الأخص عن طريق تدخله في الدائرة الداخلية لهذا الحق، وهي التي يتنفس من خلالها، وينبض معها بالحياة. وبدونها يصير الحق هامداً.

ومن ثم جاز تنظيم الحق أو الحرية فيما وراء الحدود الخارجية لهذه الدائرة، وبما لا يعطل الأغراض التي توخاها الدستور من تقريرهما.

ولازم ما تقدم، أن يباشر المشرع السلطة التقديرية التي يملكها في حدود قيدين:-

أولهما: الا يكون تنظيمه للحق مجافياً حقيقة محتواه، أو منصرفاً إلى تحقيق أغراض لا صلة لها بالمنظور العام لرخاء المواطنين.

ثانيهما: أن تكون النصوص القانونية التي يقرها، وسائل منطقية لتحقيق الأغراض التي حددها المشرع لها أو التي ربطها الدستور بها.

وتلك هي منطقة البدائل التي تراقبها الجهة القضائية، ذلك أن حقوق المواطنين وحرياتهم لا يجوز تنظيمها إلا بأقل القيود عليها، ولمصلحة عليا يستظل بها هذا التنظيم.

فهل يجوز أن يقال بعد ذلك بأن السلطة التقديرية للمشرع تقع فيما بين حدي الوجوب والنهي على ما قررته المحكمة الدستورية العليا في آخر أحكامها. أم أن التقديري في حقيقته، هو الحدود المتوازنة للعمل التشريعي، النائية عن اندفاع التحكم، والموافقة لنصوص الدستور في دلالاتها الصريحة والضمنية، خاصة ما تعلق منها بطبيعة الحق محل التنظيم، والأغراض التي يستهدفها، والمنظومة الأشمل التي يعتبر واقعاً في إطارها(١).

---

(١) المستشار الدكتور، عوض المر في مؤلفه الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها العامة ص ١٣٥٧.

ففكرة الخطأ البيّن في التقدير تسمح للمجلس الدستوري بأن يوازن بين المصلحة العامة التي يسعى القانون – محل الرقابة – لتحقيقها من ناحية، وبين الانتهاكات التي يمكن إلحاقها بهذا المبدأ أو ذاك من المبادئ الدستورية من ناحية أخري، وطبقاً للنتيجة التي يتوصل إليها المجلس إزاء اعتبار التعديات (أو الانتهاكات) المدعى بها غير ملائمة ومفرطة بالنسبة للمصلحة العامة التي يسعي المشرع لتحقيقها من عدمه، فإن القانون يكون أو لا يكون مطابقاً لأحكام الدستور.

ويؤكد جانب من الفقه الفرنسي أن فكرة الخطأ البين في التقدير تسمح للمجلس الدستوري بتعميق رقابته، وكفالة حماية أكبر للحقوق والحريات لعمومية مجال تطبيقها ، ولأن المجلس الدستوري يستطيع من خلالها إلزام المشرع بعدد من الضوابط والقيود التي تكفل التوازن بين تحقيق مقتضيات الصالح العام وحماية الحقوق والحريات الدستورية – وهي رقابة ملائمة ضرورية لحماية الحقوق والحريات.

وبعد أن استقر المجلس الدستوري على رقابة الخطأ الظاهر في التقدير، فإنه يلاحظ منذ التسعينات، أنه لم يستخدم المجلس الدستوري تعبير الخطأ الظاهر في التقدير، وذلك لضيق أعضاء البرلمان من تعبير الخطأ الظاهر في التقدير ، بدأ يستخدم تعبيرات مختلفة أو مغايرة، من ذلك تعبير الإخلال الواسع atteinte excessive أو تعبير عدم التناسق أو عدم التوافق الظاهر disproportion manifeste إلا أن الرقابة كانت واحدة.

وقد استعان الفقه الدستوري بتعريف رقابة الخطأ الظاهر في التقدير بالقانون الإداري، وذلك مع اختلاف طبيعة ودور كل من القضاءين الإداري والدستوري، فقد عرف بأنه خطأ ليس في حاجة إلى عقل نير لاكتشافه، "qui ne fait aucun doute pour un esprit éclairé" كما عرفه البعض بأنه خطأ بين بحيث لا يحتاج إلى شخص ذو خبرة لاكتشافه
"qui sauté aux yeux sans qu'ill soit besoin d'etre un expert très averti"

وفى هذا المعني أيضاً، بأنه الخطأ الواضح أي ذلك الذي يتسم بالجسامة والخطورة على النحو الذي يكون واضحاً لغير المتخصص[1].

وقد لاقت فكرة الخطأ الظاهر في التقدير ترحاب من جانب الفقه الفرنسي، فقد اعتبر الفقه رقابة الخطأ الظاهر في التقدير، بمثابة تقدم في الرقابة على دستورية القوانين، والتي بموجبها لا يجوز ترك المشرع لممارسة سلطته التقديرية بدون رقابة.

ولم تلقى هذه الفكرة عدم القبول إلا من جانب Delvolvé والذي أثار الاعتراض التالي، وهو كيف يكون هناك خطأ ظاهر في التقدير يكتشفه القاضي الإداري – أو الدستوري – ولا يراه الشخص المتخصص وهي الإدارة – أو المشرع - ! بل أكثر من ذلك كيف يقع هذا الخطأ من جانب مئات الأشخاص في نفس الوقت، في حين كيف يكون للمجلس الدستوري من خلال قراره، والذي لا يصدر إلا من تسعة أعضاء، وأحياناً من أغلبية أعضائه فقط أن يكتشف خطأ وقع من ٣٠٠ عضو و ٢٥٠ شيخ.

والتساؤل الذي يثور في هذا الصدد وهو هل رقابة الخطأ الظاهر في التقدير تتعارض مع السلطة التقديرية المتروكة للبرلمان؟ أو بمعنى آخر هل رقابة الخطأ الظاهر في التقدير، تتفق مع ملاءمات القانون التي اعتمد عليها البرلمان؟

وقبل الإجابة على هذا التساؤل يجب أن نذكر أن المجلس الدستوري وكذلك المحكمة الدستورية العليا، قد عملا على حماية السلطة التقديرية للمشرع من ناحية، كما أنهما رفضا التعرض لملاءمات التشريع من ناحية أخري، ومن ثم فإن لجوء المجلس الدستوري لفكرة الخطأ الظاهر في التقدير ليست إلا وسيلة لحماية السلطة التقديرية للمشرع وذلك يتضح لنا على النحو التالي:-

---

(١) د. عبدالحفيظ الشيمي المرجع السابق ص ٣٧٩.

فرقابة الخطأ الظاهر في التقدير كما ذهب الفقه الفرنسي هي بعيدة تماماً عن رقابة تقدير المشرع، كما أنها بعيدة عن رقابة ملائمات القانون، وتأكيداً لما سبق كان المجلس الدستوري يقرن تعبير الخطأ الظاهر في التقدير، بالتعبيرات التي تؤكد حمايته للسلطة التقديرية وللملائمة ، ومن ثم بأن المجلس الدستوري لا يملك سلطة تقديرية كسلطة المشرع، أو أن المجلس الدستوري لا يملك سلطة عامة في التقدير أو قرار مماثل لقرار المشرع ، أو أي دفع أو نقد بالنسبة لملائمات القانون لا يجوز مناقشته.

وترتيباً على ما سبق فإننا نتفق مع اتجاه الفقه الذي يري أن المجلس الدستوري، وإن قيد من رقابته ذاتياً للسلطة التشريعية – كذلك محكمتنا الدستورية العليا – وبصفة خاصة بصدد السلطة التقديرية أو ملائمات القانون، فإن رقابة الخطأ الظاهر في التقدير تمثل الحد الأدنى للرقابة علي الوسائل التي تبناها المشرع بصدد تنظيم موضوع من الموضوعات، ومن هذا المنظور فإن رقابة الخطأ الظاهر لا تمتد إلى الغاية أو الهدف، حيث يظل ذلك من أخص مظاهر السلطة التقديرية للمشرع، ويري الفقه أن رقابة الخطأ الظاهر تمثل الحد الأدنى contrôle minimum من الرقابة لسببين: الأول، هو أن رقابة المجلس الدستوري ستكون في المقام الأول مقيدة بالنصوص الدستورية، والتي تمنع المجلس من مباشرة رقابة متعمقة، ونتيجة لذلك ترك مساحة واسعة لتقدير المشرع بصدد اتخاذ قراره. الثاني، هو أن هذه الرقابة لن تتحقق إلا إذا كنا بصدد خطأ ظاهر جسيم في التقدير وبالتالي عدم امتدادها إلى الأخطاء العادية البسيطة والخفيفة(١).

وقد ذهب أحد الباحثين وفق هذه الفكرة إلى أنه:-

إذا جاز لنا أن نبدي رأينا فيما ذهب إليه هذا الجانب الفقهي من الأخذ بفكرة الخطأ البين في التقدير كعيب مستقل من عيوب عدم الدستورية لتوسيع نطاق رقابة الدستورية في مصر، فإننا لا نتفق معه فيما ذهب إليه، ويمكن

---

(١) د. عبدالحفيظ الشيمي المرجع السابق ص ٣٨١.

مناقشة ما أثاره هذا الجانب الفقهي من أفكار على النحو التالي:-

أولاً:- إن كل التطبيقات التي ذكرها هذا الجانب الفقهي معتبراً إياها تطبيقاً لفكرة الخطأ البين في التقدير لا تخرج عن كونها مخالفات مباشرة لنصوص الدستور وأحكامه الشكلية والموضوعية، ولا حاجة معها للاستناد لتلك الفكرة واستعارتها من النظام الفرنسي.

ثانياً:- يري هذا الجانب الفقهي أن فكرة الخطأ البين في التقدير تظهر فائدتها في الحالات التي يكون النص الطعين مخالفاً فيها لمبادئ الدستور العليا، أو في حالة غموض النص الدستوري، والتسليم بهذا الرأي ينطوي على خطورة كبيرة تتمثل في الاحتكام إلى مبادئ عليا تفتقر إلى التحديد والانضباط، وتؤدي إلى إحلال القضاة لتصوراتهم وتقديراتهم محل تصور الشرع وتقديراته التي تعد من الملائمات السياسية التي يحسن تركها للمشرع.

ثالثاً: يري هذا الجانب الفقهي، أن فكرة الخطأ البين في التقدير تظهر فائدتها في الحالات التي يكون النص الطعين مخالفاً فيها لمبادئ الدستور العليا، أو في حالة غموض النص الدستوري. والتسليم بهذا الرأي ينطوي على خطورة كبيرة تتمثل في الاحتكام إلى مبادئ عليا تفتقر إلى التحديد والإنضابط، وتؤدي إلى إحلال القضاة لتصوراتهم وتقديراتهم محل تصور المشرع وتقديراته التي تعد من الملائمات السياسية التي يحسن تركها للمشرع.

رابعاً:- عدم وجود معيار واضح ومحدد لفكرة الخطأ البين في التقدير، وهو ما يسلم به هذا الجانب الفقهي بقوله إن موضوعية معيار الغلط البين في التقدير لا تعني أن لهذا الغلط معياراً محدداً أو ثابتاً يستدل به عليه، وإنما تعني موضوعية التقدير كونه غير تحكمي من جانب القاضي، وعماد ذلك تقدير موضوعي يستخلص من ملف الدعوى وأوراقها ، وهذا القول لا يمكن مجاراته والتسليم به لأن القاضي في نهاية الأمر هو الذي يحدد ما يعتبر من الأخطاء بينما وما لا يعد كذلك، مما قد يفضي إلى التحكم وافتقاده الموضوعية.

خامساً:- يؤكد هذا الجانب الفقهي أن فكرة الخطأ البين في التقدير تنطوي على رقابة الملاءمة contrôle d'opportunite بين اختيار الحلول من جانب المشرع، والتحقق من سدي اتفاق الحل المختار والصالح العام. الأمر الذي يستدعي تسليط الرقابة على ملائمة هذا الحل من خلال البحث عن الأسباب الحقيقية للتشريع التي قد يخفيها المشرع خلف أسباب ظاهرة غير صحيحة، وأنه يمكن إثبات ذلك بالقرائن الخارجية التي قد تدل على الأسباب الحقيقية أكثر من دلالتها على الأسباب الظاهرية التي يذكرها المشرع وأن تلك أمر متصور بالنسبة لطبيعة تكوين البرلمان والقوي المؤثرة في عمله.

ولعل هذا الأمر هو أخطر ما في الفكرة لأن الحكم على ملائمة التشريع يتضمن إهداراً لاختيار المشرع الذي يراه مناسباً للتنظيم الذي يتغياه، وإحلال القضاء الدستوري لتقديره محل تقدير المشرع مما قد يفضي إلى التصادم والصراع بين جهة الرقابة والمشرع، وتهديد مبدأ الشرعية إذا ما أقدمت السلطة التشريعية على الانتقاص من ولاية جهة الرقابة أو تعديل اختصاصاتها وتحجيمها ، فتنقضي بذلك على أكبر ضمانة للحقوق والحريات.

فنحن من جانبنا لا نؤيد هذا الاتجاه الفقهي ، فيما ذهب إليه من توسيع نطاق رقابة الدستورية في مصر من خلال الأخذ بفكرة الخطأ البين في التقدير ، كعيب جديد لعدم الدستورية، مستعيراً إياها من النظام القرنسي، لاختلاف الظروف التي أفضت إلى هذه الفكرة في فرنسا عنها في مصر(١).

وننتهي من هذا البحث إلى حقيقة هامة أفصحنا عنها في رسالتنا(٢) للدكتوراه منذ أكثر من خمسة عشر عاماً أن رقابة القاضي الدستوري على الإنحراف التشريعي هي رقابة قانونية بحتة من شأنها أن تجعل المشرع يتمتع بسلطة تقديرية كبيرة على تشريعه لا يحدها إلا غرض الصالح العام وأن خلق

---

(١) د. شعبان أحمد رمضان رسالته سالفة البيان ص ٤٧.

(٢) أنظر رسالتنا عن الانحراف التشريعي والرقابة على دستورية جامعة القاهرة ١٩٨٧.

وسائل موضوعية للرقابة على أغراض وأهداف التشريع من شأنها أن تجعل إرادة القاضي تحل محل إرادة المشرع حيث يقوم القاضي برقابة مدي ملائمة التشريع لتحقيق أغراضه ومن شأن ذلك تقليل نطاق السلطة التقديرية للمشرع كما أن القاضي الدستوري لن يكون في حاجة إلى رقابة سبب التشريع أو غايته مادام قادراً على فرض رؤيته وتفسيره للنص الدستوري وإنزاله على محل التشريع فهنا سيكون النص التشريعي دستورياً بقدر اتفاقه مع فهم وتفكير القاضي الذي ابتدع المبدأ الذي أنزله منزلة الدستور وهذا الأمر هو نتاج طبيعي لإسناد الرقابة إلى القضاء وليس فيه ما يدعو إلى الاحتجاج أو التذرع بضرورة إعطاء المشرع سلطة تقديرية فالنتيجة الواقعية للرقابة القضائية أن المشرع لن يتمتع بسلطة تقديرية إلا في النطاق ووفقاً للحدود التي يسمح له بها القاضي الدستوري وإذا كانت المحكمة الدستورية العليا في عديد من أحكامها قد انتهت إلى أن السلطة التقديرية للمشرع في تنظيم الحقوق يجب أن تقف عند حد التنظيم دون أن يهدر المشرع هذه الحقوق أو أن يستأصلها في تقييم ماذا كان التنظيم لهذه الحقوق قد أهدرها أو من شأنه الانتقاص منها يرجع في النهاية إلى المحكمة الدستورية العليا ذاتها.

ويتضح – من كل ما سبق – أن المجلس الدستوري الذي قرر كثيراً أنه لا يراقب ملائمة التشريع وأن تقدير المصلحة العامة متروك للمشرع، وأنه يراقب فقط مطابقة التشريع للدستور لم يظل كثيراً عند هذا الحرص أو الحذر، وإنما عمق رقابته عن طريق رقابة الغلط البين في التقدير، وهذه الرقابة تسمح بحماية المواطنين من المحكومة وأغلبيتها البرلمانية، تمثل رقابة الحد الأدنى، وتعد من قبيل رقابة الملاءمة(١).

وفيما يقارب توضيح هذه الفكرة في الفقه والقضاء الدستوري ما ذهب إليه أحد كبار قضاة المحكمة في مجال تبرير هذه النظرية حيث ذهب إلى:-

---

(١) د. عبدالمنعم عبدالحميد المعالجة السياسية والقضائية للانحراف التشريعي رسالة القاهرة ٢٠٠١ ص ٢٢٠.

الأصل في السلطة التقديرية التي يملكها المشرع هو إطلاقها، ما لم يفرض الدستور عليها ضوابط تقيد من مباشرتها. وليس لجهة الرقابة القضائية على الدستورية بالتالي أن تستعيض عن إرادة المشرع في التقدير بإرادتها هي؛ ولا أن تبدل تقديره بتقديرها، وعلى الأخص لأن تقدير المصلحة العامة التي يستهدفها مما يختص به.

بيد أن السلطة التقديرية التي يملكها المشرع؛ لا تناقض حقيقة أن للقوانين التي يقرها، أهدافاً تتوخاها؛ ووسائل يعتمد عليها في تحقيقها. ويباشر قضاة الشرعية الدستورية رقابتهم على هذين الأمرين معاً.

فالأغراض التي يستهدفها القانون قد تناقض حكماً في الدستور. والوسائل التي يلجأ إليها لتحقيق هذه الأغراض هي النصوص القانونية التي يقرها . فإذا اختل تناسبها بصورة ظاهرة مع حقيقة الأغراض التي تتوخاها، كان القانون مخالفاً للدستور.

وتلك هي نظرية الخطأ الظاهر التي تتناول جوهر السلطة التقديرية التي يباشرها المشرع وتتعمق دخائلها من خلال عملية عقلية تجريها جهة الرقابة القضائية على الدستورية، غايتها أن تستوثق بنفسها مما إذا كانت المصلحة التي حمل المشرع النصوص القانونية عليها، حقيقة أو منتحلة، قائمة أو متوهمة؛ وكذلك ما إذا كانت الوسائل إلى تحقيقها منطقية أو غير ملائمة، ضرورية أو مجاوزة حدود الاعتدال.

وهنا ننتبه إلى ما ذهب إليه من ربط بين رقابة الغلط البين ورقابة الوقائع في القانون إذ يذهب إلى:

وتلك مهمة تتولاها الجهة القضائية بقدر كبير من الحذر. ذلك أنها تعيد النظر في تقييم المشرع لكل واقعة قام عليها القانون المطعون فيه، وتفصل في ملائمة النصوص التي احتواها ، لتحقيق الأغراض المقصودة منها. وهو ما لا يتصور أن يكون محل اتفاق بين الناس جميعهم ذلك أن ما يراه البعض ملائماً، قد لا يكون كذلك في نظر آخرين. وما تتصوره جهة الرقابة القضائية من خطأ

ظاهر في تقدير النصوص القانونية الملائمة لتحقيق الأغراض التي تستهدفها، قد لا يكون كذلك في تقدير آخرين.

وما الخطأ الظاهر في التقدير، غير خطأ تفقد به النصوص القانونية المطعون عليها تناسبها من الأغراض التي تعمل على تحقيقها، فلا يكون اتصال هذه النصوص بأهدافها حقيقياً. كأن تفقد العقوبة التي فرضها المشرع تناسبها مع الجريمة التي تتعلق بها. وكذلك إذا أخطأ المشرع بصورة ظاهرة في تصوره تماثل المراكز القانونية التي نظمها.

ويفصل قضاة الشرعية الدستورية كذلك فيما إذا كان المشرع قد حدد سن التقاعد في أعمال مختلفة بما يجاوز الخطأ البين في التقدير، وما إذا كان قد رسم حدود الدوائر الانتخابية بطريقة يشوبها الخطأ الظاهر؛ وما إذا كانت الغرامة المالية التي فرضها على العاملين في البنوك الذين يذيعون حقائق الدخل الخاص بأحد المودعين ، والتي يعادل مبلغها مقدار هذا الدخل، تعتبر جزاءاً ملائماً.

وينبغي أن يلاحظ أن خطأ المشرع الظاهر في تقدير النصوص القانونية الملائمة، L'erreur manifeste يقوم على ذات الأساس الذي تبطل به النصوص القانونية التي تفقد تناسبها مع الأغراض التي تتوخاها.

ذلك أن خطأ المشرع الظاهر في تقدير النصوص القانونية، يفترض مجاوزة هذه النصوص لضوابط تناسبها مع الأغراض المقصودة منها. فلا تربطها صلة منطقية بها، أو تكون صلتها بها واهية. والمشرع في هذا المقام يوازن بين بدائل، ويقدر ما يراه أنسبها لتحقيق المصالح التي يرجوها منها. فإذا أخل بصورة جسيمة Attentes excessives – ومن خلال اجتهاده- بأحد الفرائض ذات القيمة الدستورية، بطل القانون.

وظاهر مما تقدم أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية تتدخل بنفسها في العملية العقلية التي يجريها المشرع، لتفصل فيما إذا كان تقديره ظاهر

الخطأ، أم أن خطأه في التقدير، محدود الأهمية، ويغتفر بالتالي[(١)].

ولئن جاز القول بأن جهة الرقابة القضائية، قلما تواجه مصلحة توخاها المشرع بالمخالفة للدستور، وذلك على تقدير أن المصالح التي يستهدفها تظاهرها الشرعية الدستورية في أكثر أحوالها، كتلك المتعلقة بضمان السير المنتظم للمرافق العامة؛ وبتعددية المعلومات التي تنقلها وسائل الإعلام، وباستقلال السلطة القضائية؛ وبضرورة معاقبة المذنبين، وباحترام لغة البلد وعلمها ورموزها الوطنية إلا أن الوسائل التي اختارها المشرع لتحقيق المصلحة التي يبتغيها، هي التي تتعلق بها الرقابة القضائية في أكثر تطبيقاتها.

وتباشر جهة الرقابة مراجعتها لهذه الوسائل من خلال العملية العقلية التي تجريها، بقصد التحقق من ملائمة تلك الوسائل لتحقيق الأغراض المقصودة منها.

ونحن بذلك أمام عمليتين عقليتين تقوم السلطة التشريعية بأولاهما، لتراجعها الجهة القضائية في تقديرها. ولتقرر على ضوء نتيجة هذه المراجعة بطلان أو بقاء القانون.

ومن ثم يقابل اجتهاد المشرع باجتهادها. فإذا تبين لها أن النصوص القانونية التي أقرها غير مناسبة لتحقيق المقاصد المبتغاة منها، فإنها لا تكتفي بإبطالها، وإنما تحدد أحيانا فهمها للصورة التي ينبغي أن تكون عليها، وإن كانت الكلمة النهائية في ذلك للمشرع بعد أن يعيد النظر في تلك النصوص التي أبطلتها الجهة القضائية.

---

(١) وشبيه بذلك الرقابة التي تفرضها محكمة النقض على قضاء محكمة الموضوع، ذلك أنه بالرغم مما تقوله هذه المحكمة من أنها لا تراقب تحصيل قاضي الموضوع للواقع، إلا أنها تشترط لذلك أن يكون تقديره في ذلك سائغاً. وهي بذلك تعيد النظر في العملية العقلية التي يقوم بها قاضي الموضوع وتستأنف تقييمها، فكأنها تراقب كيفية تحصيله للواقع، وما إذا كان هذا الواقع مستمداً من أصول تنتجه وتفضي إليه عقلاً.

ومن ثم تبدو نظرية الخطأ ، كحوار بين البرلمان والجهة القضائية من أجل الوصول إلى أفضل الوسائل ضماناً للحقوق الدستورية، وأكفلها لتحقيق المصلحة التي تتوخاها النصوص القانونية التي أقرها. وهو حوار لا يتم في الخفاء، وإنما بصورة علنية يشارك كثيرون فيها – ومن بينهم وسائل الإعلام والفقهاء – حتى يكون تقييم الجهة القضائية للموضوع المطروح عليها، قريباً قدر الإمكان من حكم الدستور.

والذين يدافعون عن هذه النظرية يقولون بأن مجال تطبيقها ينحصر في الخطأ الظاهر لتترك للمشرع سلطة التقدير كاملة فيما عداه، كالخطأ البسيط المغتفر، فلا تبطل الجهة القضائية تقسيم الدوائر الانتخابية لمجرد أنه لم يصل إلى حد الكمال، ولكنها تقرر فقط مخالفته للدستور، إذا كان مشوباً بخطأ جسيم.

وينبغي أن يلاحظ كذلك أن نظرية الخطأ الظاهر لا شأن لها بغموض أو وضوح النصوص القانونية التي تراجعها الجهة القضائية لتقرر صحتها أو بطلانها. ولكنها تتناول كافة النصوص التي يقرها المشرع في حدود سلطته التقديرية، وأياً كان موضوعها.

وتتعلق هذه النظرية كذلك – في حقيقتها – بالبدائل التي اختارها المشرع. والجهة القضائية هي التي تقرر ما يكون ملائماً أو ظاهر الخطأ منها، وذلك وفق معاييرها التي تستخلصها بنفسها.

بيد أن الناقدين لتلك النظرية يقولون بأن الجهة القضائية لا تقحم نفسها فقط في تقدير المشرع، ولكنها تبسط رقابتها كذلك على سلطة التقرير التي يملكها، والتي يستحيل فصلها عن سلطة التقدير، وأن نظرية الخطأ الظاهر تفترض أن توازن الجهة القضائية بين البدائل التي اختارها المشرع، وأن ترَجح اجتهادها على اجتهاده؛ وإنها تمايز كذلك بين أخطاء جسيمة لا يجوز أن يقع المشرع فيها؛ وأخطاء تافهة يجوز التجاوز عنها، بما يصم أحكامها بالنزعة الشخصية المجانبة لموضوعية التقييم، لأنها هي التي تقدر ما إذا كان خطأ المشرع لا تبصر فيه، أم كان واقعاً في حدود الاعتدال.

فضلاً عن أن نظرية الخطأ الظاهر هي في حقيقتها إبدال لإرادة المشرع بإرادة جهة الرقابة القضائية على الدستورية. ذلك أن المشرع لا يقر قانوناً إلا على ضوء تحليل يجريه لكل واقعة يتصل القانون بها. فلا يكون القانون إلا تقديراً لحدود هذه الواقعة، واختيارا للقاعدة القانونية التي تناسبها. فإذا قيل بأن هذا التقدير والاختيار شابهما خطأ ظاهر؛ كان ذلك استئنافا بالموازنة والترجيح لقرار سابق صدر عن السلطة التشريعية التي تختص بتنظيم الحقوق جميعاً بحكم ولايتها الشاملة.

على أن نظرية الخطأ الظاهر المعمول بها في بعض الدول الأوربية كفرنسا، وكذلك في الدول التي تنقل عنها نظمها الدستورية – وأياً كان وجه المطاعن الموجهة إليها – لها ما يقابلها في دول القانون العام التي يقرر قضاتها أن دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، تفترض ارتباطها عقلاً بأهدافها. فإذا لم تكن ثمة صلة منطقية تربطها بالأغراض المقصودة منها؛ أو كانت صلتها بها واهية، فإن هذه النصوص تكون مخالفة للدستور(١).

وهذا المعيار الأخير أكثر دقة من نظرية الخطأ الظاهر، ذلك إن هذه النظرية تفترض التمييز بين الأخطاء على ضوء جسامتها، بالرغم من انتفاء الحدود الفاصلة بين الأخطاء تبعاً لدرجتها. ولا كذلك المعيار المعمول به في دول القانون العام. ذلك أن مناط تطبيقه هو منطقية التنظيم التشريعي من خلال علاقة موضوعية بين النصوص، وأهدافها. وهي علاقة غايتها تقييد الإطلاق في السلطة التقديرية للمشرع، وبما لا يقوضها.

---

(١) تأخذ المحكمة الدستورية العليا بالفكرة القائلة بأن النصوص التي يقرها المشرع يجب النظر إليها باعتبارها مجرد وسائل لتحقيق أغراض بعينها. فإذا كانت هذه الأغراض غير مشروعة، أو كانت هذه النصوص كوسائل انتقاها المشرع لتحقيق أغراض مشروعة، لا تربطها صلة منطقية بها، فإن هذه النصوص تكون مخالفة للدستور.

وفى ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا بأن الأصل في كل تنظيم تشريعي أن يكون منطوياً على تقسيم Classification أو تمييز من خلال الأعباء التي يلقيها على البعض أو المزايا أو الحقوق التي كفلها لفئة دون غيرها؛ وأن اتفاق هذا التنظيم مع أحكام الدستور يفترض ألا تنفصل النصوص القانونية – التي نظم بها المشرع موضوعاً محدداً – عن أهدافها، ليكون اتصال الأغراض التي توخاها، بالوسائل إليها، منطقياً، وليس واهناً أو واهياً ، بما يخل بالأسس الموضوعية التي يقوم عليها التمييز المبرر دستورياً.

وأساس ذلك أن كل تنظيم تشريعي يتغيا بلوغ أغراض بعينها تعكس مشروعيتها إطاراً لمصلحة عامة يقوم عليها هذا التنظيم، متخذاً من القواعد القانونية التي تبناها سبيلاً إليها، فإذا انقطع اتصال هذه القواعد بأهدافها، كان التمييز بين المواطنين في مجال تطبيقها، تحكمياً[1].

وفى سبيل الدفاع عن الطابع الموضوعي للرقابة على الغلط البين ذهب أحد الفقهاء:-

فإذا كانت رقابة الغلط البين في التقدير في القضاء الدستوري، لا تستهدف أكثر من التأكيد من رقابة الملاءمة بين اختيار الحلول من جانب المشرع ، دون التعرض لرقابة التكييف القانوني للأسباب التي قام عليها التشريع فإنها من ثم لا تتعارض (مطلقاً) مع مبدأ الفصل بين السلطات بل تغدو رقابة الغلط البين في القضاء الدستوري (مثلما في قضاء المشروعية) ممارسة للوظيفة القضائية في نطاقها المحدد دون تجاوز في ذلك، وأكثر من ذلك فإننا

---

(١) القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" – جلسة ٨/٥م١٩٩٥ – قاعدة رقم ٨ لسنة ١٦٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة. وأنظر كذلك القضية رقم ١٤ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" – جلسة ١٩٩٥/٩/٢ – قاعدة رقم ٩ – ص ١٨٢ من الجزء السابع. أنظر كذلك القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" – جلسة ١٩٩٥/٩/٢ – قاعدة رقم ١٠ – ص ٢٠٤ من الجزء السابع

. ما جاء بالمتن هو رأي د. عوض المر المرجع السابق ص ٤٦٥ وهو نقل كامل عنه.

نري في الأخذ برقابة الغلط البين في التقدير في القضاء الدستوري أنه يعد تكريساً لمبدأي الفصل بين السلطات، والمشروعية، وهذا هو المعني الذي يجب الوقوف عنده وليس المعنى المغاير.

إذ يجب النظر في تحليل رقابة الغلط البين على أنه وسيلة ملائمة لتطبيق القواعد غير المحددة وهو يؤكد ضرورة هذه الرقابة وهذا ينقلنا إلى الفقرة التالية.

رقابة القضاء الدستوري للغلط البين في التقدير ، ضرورة ملحة:

ونؤكد أن رقابة القضاء الدستوري للغلط البين في التقدير، تعد مطلباً جوهرياً، وضرورة حتمية كمظهر من مظاهر مبدأ "خضوع الدولة للقانون" بما يكفل الاحتفاظ للنظام الدستوري بالتوازن الذي أقامه بين السلطات، ومن ثم الحيلولة دون هيمنة بعضها على بعض، بالنظر إلى تزايد دور الحكومة في التشريعات – على ما أوضحنا.

وعلى ذلك ، فإنه لا يحول دون الأخذ بالتوسع في رقابة دستورية القوانين، من خلال رقابة الغلط البين في التقدير التشريعي، حداثة الفكرة أو غموضها في التقدير والتحقق منه يخضع لتقدير موضوعي، وإن الموضوعية (هنا) لا تعني الثبات أو التحديد للمعيار ذاته، وإنما تعني موضوعية التقدير، والكيفية التي يراد بها الاستدلال على الغلط البين، وبيان أن هذا الاستدلال لا يخضع لتقدير ذاتي (أو تحكمي) للقاضي، وإنما عماده تقدير موضوعي يستخلص من ملف الدعوى وأوراقها بل يمكننا القول بأن اللجوء إلى رقابة الغلط البين في التقدير في المجال الدستوري تعد مبرراً لرقابة تمنع مسئولية القاضي أن يتصرف – على نحو آخر – إلا بواسطة قواعد عامة، بمعني أن هذه الرقابة ليست وسيلة رقابة تحكمية.

هل هناك حاجة إلى الأخذ بنظرية الغلط البين في التقدير في ظل وضع المشرع الدستوري لضوابط ومعايير ، يلتزم بها المشرع؟

وإذ يثور التساؤل حول جدوى البحث عن معيار للغلط البين في حالة وضع المشرع الدستوري لبعض الضوابط والمعايير التي يتعين على المشرع الالتزام بها، وهو بصدد ممارسته لسلطته التقديرية (المقيدة من باب أولي).

نقول أن دور القاضي الدستوري، في ظل وجود المعايير والضوابط الدستورية يبقي مهماً في ضبط هذه المعايير، وقياسها بقياس موضوعي ، وليس وفقاً لمعاييرها الخاصة التي أنشأتها. فتنهض فكرة الغلط البين في التقدير لرقابة الاختلال والتفاوت بين النص الدستوري والتقدير التشريعي (الحل الذي اختاره المشرع) وخاصة عندما يكون الغلط ظاهراً وجسيماً ومجاوزاً حدود المعقول، أو عندما يكون الغلط مما لا تخطئه العين من جانب عقل مستنير بمعنى أن يكون الحل الذي أخذ به المشرع، يؤدي إلى تصادم جسيم مع المبادئ الدستورية.

ومن ثم يبقي مهماً التأكيد على دور القاضي الدستوري في كشف الغلط البين من خلال تحققه من مدي توافق الحل الذي لجأ إليه المشرع والضوابط والمعايير الدستورية عند تطبيقها، أو للتحقق من أن تقديرات المشرع تتفق وأحكام الدستور[(١)]. ومن ثم الحكم بإلغاء التشريع في كل حالة يشوب تقدير المشرع فيها غلطاً بيناً يفسد هذا التقدير ، وهذا هو مسلك قضاء المجلس الدستوري الفرنسي – على ما قدمنا.

ولكن هذا يعني رفض المجلس الدستوري الفرنسي تقرير بطلان التشريع، في الحالات التي تعرض فيها – صراحة – لفكرة الغلط البين في

---

(١) ونشير هنا إلى الغلط البين في القانون الدستوري، يفهم على أنه رقابة ملائمة بين اختيار الحلول من جانب المشرع واللجوء إليها يكون حيث يؤدي تدخل المشرع إلى المساس بمبدأ دستوري. إذ لا يجوز للقاضي الدستوري أن يحل تقديره محل المشرع أو أن يراقب التكييف القانوني للوقائع التي بني عليها القانون ومرد هذه المغايرة بين الغلط البين في القانون الدستوري، وبين الغلط البين في القانون الإداري، هو اختلاف درجة السلطة التقديرية للمشرع، عن تلك التي تتمتع بها الإدارة.

التقدير، تأسيساً على أن تقدير المشرع لا يشوبه غلط بين ، عدم إمكانية استخلاص معيار محدد للغلط البين في التقدير التشريعي؟ قدمنا أن المجلس الدستوري الفرنسي قد أخذ بفكرة الغلط البين في التقدير، في قضائه في مجالين هما: حالة الضرورة، ومبدأ المساواة، وأنه لم يقض ببطلان التشريع المطعون فيه بالغلط البين في التقدير في كل مرة دفع فيها بهذا الغلط، بل كان قضاؤه بالرفض ، وقد أسس هذا القضاء على أن الدستور لم يمنح المجلس الدستوري سلطة عامة في التقدير، أو تقرير مماثل لما يتمتع به البرلمان تارة، أو أنه لا يجوز مراجعة تقدير المشرع في ظل عدم وجود غلط بين في التقدير تارة أخري، أو أن تقدير المشرع لا يشوبه غلط في قضاء ثالث.

وقلنا أن ذلك لا يعني عدم استخلاص معيار محدد للغلط البين في التقدير في المجال الدستوري (على غرار ما استقر عليه قضاء المشروعية)، فالمؤكد أن قضاء المجلس الدستوري الفرنسي قد أخذ بالغلط البين في التقدير كمعيار للدستورية، ولا يمكن تفسير رفضه إلغاء النصوص المطعون فيها بالغلط البين في التقدير – على ما سبق وأوضحنا – على أنه يرفض الأخذ بهذه الفكرة كعيب من عيوب عدم الدستورية، شأنها شأن مخالفة التشريع للدستور (أو الانحراف التشريعي)، بل يلزم أن يؤخذ في الاعتبار دائماً – من وجهة نظر المجلس الدستوري الفرنسي – أسباب غير قانونية لاستعمال الفكرة، سواء أكانت أسباب عملية، كما في حساب التعويض الذي يستند إلى أسباب موضوعية.

أو استناداً إلى أسباب سياسية، مثل تقرير المجلس أن مبدأ التأميم غير قابل للمساس به بواسطة المجلس الدستوري في قراره الصادر في ١٦ يناير سنة ١٩٨١.

وعلى ذلك فإن عدم تحديد النص الدستوري، ليس هو أساس استعمال الغلط البين في التقدير، وإنما يلزم البحث عن أسباب غير قانونية لتفسيره، يستوي في ذلك أن تكون أسباب عملية أو أسباب سياسية، بمعنى آخر فإن

البحث عن أسباب غير قانونية للكشف عن الغلط البين في التقدير، لا يعنى أكثر من عدم كفايتها وحدها لتبرير الأخذ بالفكرة في قضاء المجلس الدستوري الفرنسي.

فقدمنا أنه في فرنسا تعد إستراتيجية تقديم الغلط البين في التقدير في كل طعن – إذا لم يكن هنا أي سبب آخر – هي الأكثر فاعلية، إذ يقدم الطاعنون والمعارضة في إستراتيجيتهم التنظيمية والسياسية فكرة الغلط البيّن في التقدير، ويفضلون رقابة دقيقة من يوم لآخر على المشرع، وهذا ما يجري عليه الواقع في فرنسا منذ سنة ١٩٨١، وهو ما نعتقد أنه سيصل إليه المطاف في رقابة الدستور في مصر في أقرب وقت.

نود التأكيد على هو الطبيعة الموضوعية لمعيار الغلط البين في التقدير، على أن الأخذ بهذه الطبيعة الموضوعية لا يحول دون الاستناد إلى الاعتبارات العملية أو الاعتبارات السياسية، باعتبار أنه ينظر في تفسير الدستور إلى هذه الاعتبارات جميعها وما نظرية الغلط البين في التقدير في المجال الدستوري إلا نتيجة طبيعية للأخذ بمنهج التوسع في تفسير النصوص الدستورية وهو المنهج الذي يأخذ به كل من المجلس الدستوري الفرنسي، والمحكمة الدستورية العليا في مصر على السواء – على ما قدمنا –

ولكن هل تؤدي رقابة الغلط البين في التقدير في المجال الدستوري (طبقاً للمعيار الموضوعي) أن تصبح هيئة الرقابة على الدستورية سلطة مشروعة؟ بمعنى آخر، هل تسمح رقابة الغلط البين في التقدير – طبقاً للمعيار الموضوعي – بشرعية الخلق القانوني للقاضي (أو الخلق القاعدي للقاضي)؟

أجبنا على هذا التساؤل من قبل، وقلنا أن إذا كان تصور انحراف البرلمان بتشريعه عن الصالح العام أمر ممكن من الناحية العملية، طبقاً لطبيعة تكوينه والقوي المؤثرة في عمله، وأن تعدد وكثرة أعضاء البرلمان ليس بمانع

له من الانحراف[١]. فإن تصور وقوع المشرع في غلط بين في التقدير، أمر لا يرقى إليه شك لذات الاعتبارات (وهو ما ثبت عملياً في غير قليل من التشريعات على نحو ما سيأتي حالا).

وكنتيجة منطقية فإن الأخذ برقابة الغلط البيّن في التقدير في القضاء الدستوري طبقاً لمعايير موضوعية، تمنع مسئولية القاضي أن يتصرف – على نحو آخر – إلا بواسطة قواعد عامة، ليس فقط بإثارة اختياره الخاص، ولكن أيضاً بالتأكيد على ضرورة الحل[٢].

وهو ما يعني السماح بمشروعية الخلق القانوني أو القاعدي من قبل القاضي بمعنى أنه يجب على القاضي – في مجال الأخذ بهذه الفكرة – أن يرتبط بأساس مقنع لخلقه المستقل، ويكون ذلك باستقائه من المعايير التي يوضحها، والتي يكون لها التأكيد اللازم الذهني والمعنوي، والذي يبدو كمصادر مادية راسخة للقانون، ويكون من غير الموفق عدم ظهور هذه الرقابة (المهمة) في الحياة القانونية.

وبناء على ذلك فإن طبيعة المحكمة الدستورية العليا كسلطة مشرعة تتحدد من خلال رقابة الغلط البين في التقدير والتي تتم من خلال التفسير الدستوري – على ما بينها آنفا – ومن ثم إرسال الضوابط الدستورية التي تستخلصها من النصوص الدستورية والتي يتعين على المشرع الالتزام بها بكل صراحة، وإلا بطل عمله[٣].

---

(١) راجع: الدكتور محمد ماهر أبوالعينين، الانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص ٣٤٨ بحث الدكتور وجدي ثابت غبريال، بعنوان: "حماية الحرية في مواجهة التشريع" – سابق الإشارة إليه – ص ١٠٩.

(٢) راجع: SAVY (R.) La constitution des juges d.,١٩٨٣,chr. Xix,p.١٠٩.

(٣) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٣ لسنة ١٠ ق دستورية في ١٩٩٣/١/٢. حيث قضت بعدم دستورية المادة ٥ من المرسوم بقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٥ بشأن المتشردين والمشتبه فيهم ، لمخالفة الوسائل القانونية المتوافقة مع أحكام الدستور في جوانبها الموضوعة والإجرائية لتقييد الحرية الشخصية، وعدم التزام

وعليه تغدو رقابة الغلط البين في المجال الدستوري استيرادا ناجحاً من القضاء الإداري، كما تعد نتيجة للفضائل الكبيرة للتقارب الشكلي بين نوعي المنازعات الإدارية والدستورية.

وعلى ذلك، فلا توجد حساسية (مطلقاً) من أن يثار فرض وقوع المشرع في غلط بيّن في التقدير (أو وقوعه في انحراف تشريعي) ، من قبل القضاء الدستوريين ، بل ولا ينبغي تشديد حرم Tabou حول نطاق ضيق للرقابة على الدستورية، إذ يغدو الاتجاه نحو التوسع في نطاق هذه الرقابة أمراً ضرورياً ومطلوباً، وما رقابة الغلط البين في التقدير إلا وسيلة جيدة لإزاحة الحرم الضيق في مجال الرقابة.

الغلط البين يمثل عيباً – مستقلاً – من عيوب عدم الدستورية الموضوعية:

سيبين لنا – حالاً أن حالات الانحراف التشريعي في قضاء محكمتنا الدستورية العليا، هي حالات قليلة، بينما حالات الغلط البين أكثر بكثير. ونبدي هنا ملاحظة من شقين: فمن ناحية أولى: أن المحكمة الدستورية، قد نطقت صراحة بعيب الانحراف التشريعي، في حين أنه فيما يتعلق بالغلط البين في التقدير، فإن مسلك المحكمة الدستورية العليا، لا يدع مجالاً للشك، في التسليم بأن الغلط البين يعد عيباً دستورياً، وإن استخلص هذا المسلك دستورياً، تلميحاً لا تصريحاً.

وتبدي ذلك في رقابة الملائمة السياسية للمشرع، أو من حيث رقابة مدي التزام المشرع بالضوابط والمعايير الدستورية العليا قد أعملت المضمون الحقيقي لفكرة الغلط البين في التقدير في المجال الدستوري، على الرغم من عدم استخدامها صراحة هذا الاصطلاح بل وأكثر من ذلك، لم يقتصر أعمال

المشرع بالضوابط التي أرستها هذه المحكمة في شأن المحاكمة المنصفة، وسوف نعود إلى هذه النقطة مرة ثانية بعد قليل.

المحكمة الدستورية لهذا العيب (كمعيار للدستورية) على طائفة بذاتها من الأعمال التشريعية – كما في فرنسا – بل تشتمل كافة التشريعات التي يسنها المشرع، ولا يغير من ذلك أن يشهد حماية الحقوق والحريات العامة، وجل تطبيقات هذه النظرية إذ تعد الحقوق والحريات العامة، هي أبرز مجالات الدستورية. **ومن ناحية ثالثة:** نشير إلى أن مرد كثرة حالات الغلط البيّن في التقدير (في المجال التشريعي)، هو تطور الرقابة القضائية الدستورية على ركن السبب في التشريع، وهو ما يفسر – في نفس الوقت – قلة الأحكام التي يلغي فيها التشريع لعيب الانحراف (ركن الغاية)، وهو ما يدعونا أن نقرر أن ثمة تحول قد تم في أسباب إلغاء التشريع Trafert mayen d'annulation على غرار ما نراه في قضاء المشروعية.

ومن ثم فإن الغلط البين في التقدير يؤدي إلى بطلان التشريع ولو لم يتعلق الأمر بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية، إذ يكفي أن يقع المشرع في غلط بيّن في التقدير ، لتقرير عدم الدستورية، إذ لكل من العيبين مجاله، مع ملاحظة أن ذلك لا يمنع من وجود علاقة قوية بينهما، فالمصلحة العامة كمعيار للدستورية (أي كشرط لدستورية التشريع) يستلزم تعرض القاضي لرقابة الغاية من التشريع، وهو ما يثير بالتبعية فكرة الانحراف التشريعي، ويدعم من هذه العلاقة موضوعية المعيار في كل من العيبين، وعلى ذلك فإن استهداف المشرع المصلحة العامة ، كمبدأ دستوري – لا تعتبر كافية في حد ذاتها، كقيد على المشرع – بل يجب ألا يشوب تقدير المشرع غلط بين في التقدير في تحقيق هذه الغاية، حتى يمكن الطعن على التشريع بعدم الدستورية.

وينبني على ذلك أن الغلط البيّن في التقدير في المجال الدستوري لا يعد عيباً احتياطيا – طريق طعن احتياطي - ، شأن عيب الانحراف التشريعي (الانحراف الإداري أيضا)، بل يعد الغلط البيّن في التقدير عيباً مستقلاً، من شأنه أن يؤدي إلى بطلان التشريع، شأنه في ذلك شأن عيب الاختصاص، وعيب لشكل ، وعيب المحل، إذ هو عيب ينطوي على رقابة الملاءمة بين

اختيار الحلول من جانب المشرع، ولتلك أهمية عظمي تتبدي في مجال إثبات هذا العيب، فلا يكون إثباته أمر دقيق وصعب، مثلما نراه في إثبات عيب الانحراف، بل يعد إثبات الغلط البين أمراً ميسورا، إذ يكفي في ذلك أن ندلل على نص معين في الدستور، أو مبدأ من المبادئ العليا للدستور، يجعل السلطة التشريعية ذات سلطة محددة (يستوي أن يتعلق بمجال يتمتع في المشرع بسلطة تقديرية أو تكون سلطته مقيدة) ويكون التشريع قد تصادم بشدة مع هذا النص أو مع هذا المبدأ، نتيجة وقوع المشرع في غلط البيّن في تقديره للحل الذي اختاره بما يتنافي – وبشكل واضح – مع المبادئ الدستورية ويتم التعرف على "الغلط البيّن في التقدير" في التشريع من خلال الوقوف على أسبابه التي يبني عليها، أو من ديباجته أن كان له ديباجة أو في الأعمال التحضيرية أو من المذكرة الإيضاحية أو في مناقشات الأعضاء أو البيانات التي تلقيها الحكومة في شأن التشريع أو في مبررات حالة الاستعجال في سن التشريع – المشوب بغلط بيّن في تقدير وقائعه(١).

والمؤكد أن التفسير الدستوري (الواسع) خاصة إذا كان النص الدستوري غير محدد يلعب دوراً مهماً في توضيح النص أو المبدأ (أو المبادئ) التي

---

(١) راجع في ذلك، حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٨ لسنة ٥ ق دستورية، في أول مارس سنة ١٩٨٦، المجموعة، الجزء/ ٣، ص ٣١٤.

ففي هذا الحكم استدلت المحكمة الدستورية العليا على وقوع المشرع في غلط بيّن في التقدير من المذكرة الإيضاحية للقانون محل الطعن بعدم الدستورية، فقالت أن المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون المطعون فيه (رقم ١٣ لسنة ٩٦٤ بشأن تحضير الأدوية والمستحضرات بالصيدليات) وإن كانت قد أشارت إلى أن استمرار إنتاج الصيدليات للأدوية يهدف تحقيق أقصي ربح يعرض صحة المواطنين للضرر، كما يهدد صناعة الدواء بوجه عام، إلا أنها أفصحت من ناحية أخري عن حقيقة الدوافع لهذا القانون وهو الرغبة في قصر نشاط تصنيع وإنتاج الأدوية على شركات القطاع العام وإذا نصت المادة الثانية من هذا القرار بقانون المشار إليه على أيلولة ملكية الأدوات والمستحضرات التي يتم تصنيعها بالصيدليات إلى المؤسسة العربية العامة للأدوية بدون مقابل تكون قد خالفت المبادئ الدستورية في صون الملكية المنصوص عليه في م/ ٣٤، م/٣٦ . من الدستور.

خالفها المشرع، ولكن يجب ملاحظة أن درجة عدم تحديد النص الدستوري المطبق ليست الدافع لاستعمال الغلط البيّن في التقدير من قبل القضاء الدستوري – على ما قدمنا قبلاً - ، وهذا ما يفسره لنا وجوب تساند هذه الدلائل وتكاملها.

فمثلاً إذا نظم المشرع حقاً لم ينص عليه في الدستور، فإن عليه أن يلتزم لضوابط والقيود الدستورية المستخلصة من الوثيقة الدستورية، في تنظيمه لهذا الحق. فإذا قام تقدير المشرع للوقائع التي يبني عليها تشريعه (أسباب التشريع). على أساس أن سلطته مطلقة في تنظيم الحقوق التي لم ينص عليها دستورياً، وجاءت أحكام التشريع مناقضة للضوابط الدستورية، فإن المشرع يكون قد وقع في غلط بين في تقديره، مما يشوب تشريعه بعدم الدستورية ، وهذه ولا شك حالة تختلف عن مخالفة التشريع لنص دستوري واضح، ولكنها تتماثل مع فهم المشرع لنص دستوري على نحو خاطئ، لكون النص مبهماً أو شابه غموض ، في تنظيمه لحق دستوري، إذ يتوهم أن تقديراته تتفق مع النص الدستوري، في حين أن التفسير التسليم لهذا النص يقطع بوقوع المشرع في غلط بين في فهمه لهذا النص لانطواء الحل الذي اختاره المشرع على التصادم بالمبادئ الدستورية. أو أن يستغل المشرع تفويض الدستور له تنظيم بعض المسائل فينظمها على وجه يتعارض والقيود الدستورية.

وربما يقول البعض، وما فائدة الحديث عن عيب الغلط البيّن في التقدير التشريعي، كعيب دستوري، إذا كان الأمر في النهاية، لا يعدو مخالفة موضوعية للدستور؟

أجيب على هذا التساؤل، بأن رقابة الغلط البين في التقدير، تسعف في حالة مخالفة المشرع للمبادئ العليا الدستورية، أو في حالة غموض النص الدستوري، إذ يمثل الغلط البيّن في التقدير توسيعاً لنطاق الرقابة القضائية على ملائمة التشريع، والوقوف بدقة على توافقه والمبادئ الدستورية، فضلاً عن مدي ملائمته سياسياً واجتماعيا، فلا شك أن اختلاف الرقابة لا يبرر إلا بأسباب عملية وخاصة سياسية، فضلاً عن المعايير القانونية.

ونشير إلى أن أسباب التشريع ربما تكشف عن الغاية منه، بل وهذا أمر واقع فعلا، وقد تكون الغاية متفقة مع الدستور أو مبادئه العليا، أو ينحرف المشرع بهذه الغاية عن المبادئ العليا للدستور، فإن كانت الغاية منحرفة عن مبادئ الدستور، كان التشريع باطلاً. كما لو تبين على وجه موضوعي إن الحق العام الذي ينظمه التشريع قد أصبح بعد هذا التنظيم منتقصاً من أطرافه بحيث لا يحقق الغاية التي قصدها الدستور ولا يلزم لإثبات الانحراف التشريعي الكشف عن الأغراض والنوايا المستترة التي اقترنت بالتشريع وقت صدوره[1].

وهذا ما يتفق والأخذ بالمعيار الموضوعي في إثبات عيب الانحراف التشريعي، أما إذا كانت الغاية تتفق ومبادئ الدستور فلن يكون التشريع سليماً، إلا إذا كانت الأسباب التي بني عليها التشريع – هي الأخرى – سليمة ، على نحو ما أوضحنا – قبلاً – بمعنى ألا يشوب تقدير المشرع للمصلحة العامة غلط بيّن ، وإلا حقت عليه رقابة الدستورية، وسوف نوضح ذلك حالاً.

وهكذا يتبدي وجه آخر للتفرقة بين عيب الانحراف التشريعي، وعيب الغلط البيّن في التقدير، فلا ينحصر وجه الخلاف بينهما في تعلق الأول بالسلطة التقديرية للمشرع، بينما الغلط البيّن في التقدير يتناول السلطة المقيدة له على السواء، كذلك يتعلق عيب الانحراف التشريعي بركن الغاية في التشريع، أما الغلط البيّن في التقدير فينطوي على رقابة واسعة (لازمة وضرورية) لركن السبب في التشريع – على النحو السابق إيضاحه – ولا يعد الغلط البيّن طريقاً للطعن احتياطيا على العكس من عيب الانحراف التشريعي الذي هو (دائماً) عيب احتياطي أو هو مصدر للدستورية الاحتياطية، ولا يغير من ذلك قيام كل من العيبين على معيار موضوعي ، أو وحدة الجزاء المترتب على تحقيق أيهما في التشريع وهو البطلان (أو الإلغاء).

---

(١) راجع حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٢٥١٦ لسنة ٤١ ق في ١٩٨٩٧/٣/٣١ (غ منشور).

أما فيما يتعلق بإثبات الغلط البيّن في التقدير، فنري أنه لا يجب الوقوف فحسب عند الإثبات بطريق الدليل الداخلي والتي تتبدي - كما رأينا - في نصوص التشريع ذاته أو ديباجته أو أعماله التحضيرية أو مذكراته الإيضاحية أو المناقشات البرلمانية في شأنه، بل يلجأ في إثبات الغلط البيّن في التقدير في المجال التشريعي، إلى الإثبات بالطريق الخارجي - أيضاً ، والذي يتمثل في الإثبات بطريق القرائن، وهو ما يعني البحث فيما إذا كان المشرع قد أخفي الأسباب الحقيقية للتشريع، وذكر للتشريع أسباب غير صحيحة وأن الأسباب الحقيقية والصحيحة التي توخاها دل عليها القرائن الخارجية أكثر مما تبين من خلال الأسباب الظاهرية فليست هناك قرينة قاطعة على أن القانون يبتغي حتماً المصلحة العامة. ومن هنا ليس ثمة ما يمنع أن يكون التشريع مشوباً بعيب الغلط البين في التقدير خاصة مع ما نلاحظه من تمتع المشرع بسلطة تقديرية في تحديد المصلحة العامة، مثلما نري في م/٣٥ من الدستور الحالي التي تنص بأنه لا يجوز التأميم إلا لاعتبارات الصالح العام، فالمشرع هنا هو الذي يحدد هذه الاعتبارات، على أن ذلك لا يمنع من جواز تحديد الدستور لهذه المصلحة العامة وهو ما يطلق على قاعدة "تخصيص الأهداف" وهنا لا تقبل المحاجة في تعارض هذه الوسيلة الخارجية في الإثبات مع المعيار الموضوعي الذي إعتمدناه لتمييز الغلط البين في التقدير.

فكثيراً ما تكشف القرائن الخارجية (والدوافع في إصدار التشريع) عن الأسباب الحقيقية للتشريع، ولا مانع في تحقق تعارض هذه القرائن مع الأسباب التي ذكرها المشرع، بل أن هذا أمر متصور، بالنظر إلى طبيعة تكوين البرلمان والقوي المؤثرة في عمله على ما قدمنا.

ونضرب مثالاً ، الفقرة السادسة من المادة الخامسة من قانون مجلس الشعب رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢[١]. والتي تقضي بأنه يشترط فيمن يرشح لعضوية

---

(١) هذه المادة مضافة بالقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٧ - الجريدة الرسمية - العدد ١٥ تابع (أ) في ١٩٧٧/٤/١٤ المعدلة بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣.

مجلس الشعب أو مجلس الشورى ألا تكون قد أسقطت عضويته بقرار من مجلس الشعب أو مجلس الشورى بسبب فقد الثقة والاعتبار أو بسبب الإخلال بواجبات العضوية ومع ذلك يجوز له الترشيح في أي من الحالتين الآتيتين:-

أ-انقضاء الفصل التشريعي الذي صدر خلاله قرار إسقاط العضوية.

ب- صدور قرار من مجلس الشعب أو من مجلس الشورى بإلغاء الأثر المانع من التشريح – وذلك بعد انقضاء دور الانعقاد الذي صدر خلاله قرار إسقاط العضوية.

فهذا النص يتصادم ولا شك مع المبدأ الديمقراطي الذي قام عليه دستور سنة ١٩٧١. المنصوص عليه في م/٣ منه، والتي جاء نصها على أن السيادة للشعب وحده، فهذا النص مشوب ولا شك بعدم الدستورية، لوقوع المشرع في غلط بين في التقدير. خاصة إذا علمنا أن المشرع في هذا القانون (برقم ١٤ لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقانون ١١٤ لسنة ١٩٨٣) . قد نص في المادة الثالثة منه على أعمال هذه الأحكام بأثر رجعي إذ نص في المادة ٣ منه على أن يعمل بهذا القانون اعتبارا من ١٩٧٧/١١/١١[1]. إذ لا تخفى الحكمة من وراء هذا التعديل، وما يهدف إليه وما دفع إليه، حتى كان على هذا النحو المعيب دستورياً.

وتجدر الإشارة هنا إلى حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٤ أبريل سنة ١٩٨٧[2]. والتي قررت فيه "مبدأ عدم جواز إصدار تشريع عقابي بأثر رجعي عن أفعال وقعت قبل نفاذه وإلا كان مخالفاً للدستور".

والمسلم به أن تقرير القانون رقم ٢١٤ لسنة ١٩٧٧ – المشار إليه – عدم جواز ترشيح من أسقطت عنه العضوية بقرار من مجلس الشعب (أو مجلس

---

(١) راجع: في تفضيلات هذه المسألة مؤلفنا القانون الدستوري سنة ١٩٩٥، ص ٤٦٥ وما بعدها ص ٤٦٩ – ٤٧٠.

(٢) في القضية رقم ٤٩ لسنة ٦ ق دستورية. المجموع – الجزء / ٤ ص ١٩.

الشورى) قبل انقضاء الفصل التشريعي الذي صدر خلاله قرار إسقاط العضوية، أو صدر قرار من مجلس الشعب أو مجلس الشورى بإلغاء الأثر المانع من الترشيح، وذلك بعد انقضاء دور الانعقاد الذي صدر خلاله قرار إسقاط العضوية، لا يعدو أن يكون عقاباً ، على إسقاط العضوية للإخلال بواجبات العضوية، وهو أمر لا يفقد العضو الثقة والاعتبار مثلما يتحقق في حالة الحكم على العضو بحكم جنائي في جريمة ماسة بالشرف أو الأمانة[١].

ولذلك فنحن نعتقد أن هذا النص غير دستوري، وليس فحسب لاصطدامه بالمبدأ الديمقراطي، بل وتقريره عقوبة بأثر رجعي عن أفعال وقعت قبل نفاذه، وهو ما يصطدم بالمبادئ الدستورية المنصوص عليها في المواد ٣، ٦٦، ١٨٧ من الدستور.

ولا تقبل المحاجة، بأن نصوص المواد ٦٦، ١٨٧ يقتصر تطبيقها على التشريعات القضائية الجنائية، إذ أن الدافع وراء إصدار هذا القانون وهو فرض عقوبة عن أفعال وقعت قبل نفاذه، وهو ما يصمه بعدم الدستورية وحتى لو افترض – والفرض غير الحقيقة – أن المشرع استهدف بالنص المشار إليه، تحقيق غايات الصالح العام، فالمتيقن أنها غايات أدني في أولويات الرعاية من غايات قومية أسمي وأجدر بالرعاية وهي حماية الشرعية والدستورية، وهو ما يستوجب خضوع هذا النص (الشاذ) لرقابة الغلط البيّن في التقدير.

فالقضاء الإداري: مستقر على رقابة الملاءمات التقديرية التي تباشرها السلطة الإدارية المختصة عند إصدار قراراتها، في حالة انحرافها عن الصالح العام.

والمسلم به أن القرار الإداري يكون غير مشروع إذ إتنكب غايات الصالح العام، أو إذا استند إلى غاية من غايات الصالح العام يكون ظاهراً

---

(١) يرجع في تفضيلات هذه المسألة على وجه الخصوص، مؤلفنا الدستور والإدارة المحلية، القاهرة، ١٩٩٥ ص ٢٣٩ وما بعدها ص ٢٤٩ وما بعدها.

ومؤكداً أنها في أولويات الرعاية من غايات قوية أسمي وأجدر بالرعاية، وأن الوقت الذي يراد تنفيذه فيه يتعارض مع الوحدة الوطنية والسلام الاجتماعي والأمن العام[1].

ولكن يغدو البحث في الانحراف التشريعي أو الغلط البيّن في التقدير في المجال الدستوري تزيداً لا مبرر له، إذا كانت المخالفة المباشرة للدستور تكفي بذاتها لإبطال النصوص التشريعية المطعون فيها.

أما إذا اقتضت الدعوى ، تفسير النصوص الدستورية المدعى مخالفتها لاستخلاص المبادئ العليا الدستورية منها، والتي دُفع بالانحراف عنها، أو بوقوع المشرع في غلط بيّن في تقديرها، فعندئذ يتعين الوقوف على الأسباب الحقيقية التي توخاها المشرع، ولو عن طريق القرائن الخارجية، وهو ما يعني البحث في الغلط البيّن في التقدير وهو أسهل وأوسع من البحث عن الانحراف التشريعي الذي ينطوي على تنكب المصلحة العامة في التشريع. بل أننا نري أنه على المحكمة الدستورية العليا أن تكتشف صحة الغاية من التشريع واتفاقها مع المصلحة العامة، وأن تبحث عن مدي وقوع المشرع في غلط بيّن في التقدير التشريعي، إذا دفع بهذا الدفع في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، وذلك لتعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام، ولكون الدفع بعدم الدستورية، يطرح المنازعة في دستورية النص المطعون فيه أمامها من كافة جوانبه الشكلية والموضوعية على السواء، وسواء تعلقت الجوانب الموضوعية، بعيب الاختصاص أو المحل (المخالفة المباشرة للدستور) أو السبب أو الغاية. فالهدف من الدعوى الدستورية هو سيادة الدستور والمشروعية ـ دائماً ـ وثمة ملاحظة أخيرة، فقد يتصور البعض أن البحث في مدي ملائمة التشريع L'opportunuté يندرج في مفهوم الغاية منه، أو أنه يقصد بملاءمة التشريع،

---

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن ١٩١٤/١٨٧٥ لسنة ٣٠ ق في ١٩٩٠/٣/٩ (غ منشور).

الوقوف على الباعث فيه، كلا، فالواقع أن الغاية تندرج في البواعث، ويخضعان معا للرقابة الدستورية، ومجال البحث فيهما يتعلق برقابة ركن الغاية، ولا يعني تمتع المشرع بسلطة تقديرية، أن يكون له تقدير البواعث في التشريع مطلقاً، والتحلل من التزام المصلحة العامة كنطاق نهائي لسلطة التشريع، بل أن السلطة التشريعية لها في هذا النطاق وحده، وفي إطاره أن توازن بين مختلف الاعتبارات التي تطبقها، وأن تمتع المشرع بحرية في تقديرها، لا يخوله عدم التقيد بأية ضوابط أو قيود دستورية.

وهذا ما قررته الدستورية العليا في حكمها الصادر في ٢ يناير سنة ١٩٩٣، فقررت "وحيث أنه إن صح القول بأن الضريبة في بواعثها هي مما يستقل المشرع بتقديره إلا أن رجعية الضريبة ينال منها، ومن زاوية دستورية أن تركن الدولة إلى مصلحة مشروعة، أو أن تتوخى من خلال الأغراض التي تعمل الضريبة على بلوغها تحقيق مصلحة مشروعة، ولكن النصوص التي تدخل بها المشرع لإشباعها لا تربطها بها صلة منطقية، ويتحقق ذلك بوجه خاص كلما كان معدل الضريبة وأحوال فرضها مناقضاً للأسس الوطيدة التي ينبغي أن تقوم عليها، إذ يعتبر تقريرها عندئذ مخالفاً للدستور ولو كان الغرض من فرضها زيادة موارد الدولة لمقابلة مصلحة مشروعة كتلك المتعلقة بمواجهة معونة البطالة"(١).

أما البحث في ملاءمة التشريع، فيهدف إلى الوقوف على مدي خلو تقديرات المشرع (الحل الذي اختاره) من غلط بيّن في التقدير، فالغلط البيّن في التقدير، لا ينطوي على رقابة تقدير المشرع ذاته، ولكن يقوم على الغلط الذي يشوب هذا التقدير (الحل التشريعي) شريطة أن يكون غلط بيناً، واضحاً وهو ما يتعلق بمدي التشريع وصلاحيته سياسياً واجتماعيا.

---

(١) القضية رقم ٣٣ لـ ١٢ ق دستورية مجلة المحاماة الفصلية السنة ٧٣ عدد ديسمبر سنة ١٩٩٤ ص ١٠.

كمـا أن رقابـة الغلـط البـيّن تهـدف أيـضاً إلـى رقابـة الناسـبية La proportionnalite ، وهـذا مـا أكدتـه المحكمـة الدسـتورية العليـا فـي أحكامهـا الصادرة في ١٩٩٣/١/٢، ١٩٩٠/٥/١٩ على ما سيرد تفصيلاً بعد قليل.

وبناء على ذلك يتعين فهم التفرقة بين الملاءمة والبواعث في التشريع، فإنهما ليسا مصطلحان مترادفان، بل هما (جد) مختلفان تماماً.

وقد أوضحنا- قبلاً - أن فكرة التناسب أو مبدأ النسبية Proportionnalité أو فكـرة الملاءمـة L' opportunité وهمـا مـن الأفكـار التـي يمكـن رد قـضاء المجلس الدستوري فـي مجـال الغلـط البيّن فـي التقـدير إليهمـا وهـو مـا يعنـي وجوب رقابة ملاءمة اختيار المشرع للحلول التي يلجأ إليها، حيث يؤدي هذا التدخل إلى المساس بمبدأ دستوري، وهو ما أخذ به قضاء محكمتنا الدستورية العليا في غير قليل من الأحكام، من خـلال أعمـال المضمون الحقيقي للفكرة، وإن لـم يـستخدم صـراحة الغلـط البـين فـي التقـدير L'erreur manifest d'appréciation خلافـاً للمجلـس الدسـتوري الفرنـسي، والـذي أخـذ بـالفكرة صراحة في أحكام عديدة – على ما قدمنا.

وهذا ما اتجه إليه بعض الفقه، وإن لم يستخدم اصطلاح "الغلط البيّن في التقدير". فيذهب أستاذنا الدكتور أحمد كمال أبو المجد إلى أن القضاء يملك أن يتجاوز ظاهر التشريع عن طبيعته الحقيقية التي هدف إليها واضعوه ، بهدف منع التحايل (الخطير) على الدستور، إمعاناً في توكيد مبدأ الشرعية واحترام نصوص الدستور، إذ أن أجازة هذا التحايل تقضي – في الواقع – على القيمة الحقيقية للقيود الدستورية، وتفتح باباً خطيراً أمام المشرع للعدوان على حقوق الأفراد وهو في مأمن من رقابة القضاء مادام يخفي عدوانه هذا وراء ستار من اختصاصاته المشروعة، ويستطرد قائلاً: أن بسط الرقابة على هذا النوعَ ليس إلا استعانة طبيعية بسلطة القضاء في تفسير النصوص القانونية، فإذا تكشف له مضمونها الحقيقي انتقل بعد ذلك إلى البحث في مدي توافقه مع النصوص الدستورية، فضلاً عن أن هذه الصورة من المخالفات التشريعية ليست مما يسهل التعويل في تصحيحه على الوسائل السياسية، إذ هي مخالفة مستترة

ظاهرها الصحة وباطنها الفساد، ومن ثم احتاج الأمر إلى خبرة القضاء ودرايته الفنية ليكشف عن حقيقتها، ويرد الأمر فيها إلى نصابه الدستوري[١].

وهذا هو ذات مسلك المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية، والتي استقر قضاؤها على أن التشريع لا يكون غير دستوري ليس فحسب إذا خرق نصاً صريحاً في الدستور، بل أيضاً إذا أخل بمبدأ جوهري تقوم عليه حياة الدولة ذاتها الاقتصادية والاجتماعية وتصل المحكمة العليا إلى حد أن تقضي في صحة أو بطلان التعديلات التي يراد إدخالها على الدستور ذاته ، وفقاً لما إذا كانت هذه التعديلات تتفق أو تتعارض مع المبادئ العامة الجوهرية[٢].

---

(١) راجع رسالته بعنوان الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق ، هامش ٢ ص ٥٩٦ . وفى نفس المعني في ضرورة الرقابة على دستورية القوانين بتخطي ظاهر التشريع، للبحث عن الطبيعة الحقيقية التي هدف إليها المشرع، راجع أستاذنا الدكتور رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، مرجع سابق ص ٣١٧.

(٢) راجع ، بحث الدكتور عبدالرزاق السنهوري ، بعنوان مخالفة التشريع للدستور، سابق الإشارة إليه ص ١٠١ هامش ١ ما جاء بالمتن نقل كامل من مؤلف د. زكى النجار الغلط البيّن في القضاء الدستوري ص ٢٠٠ وما بعدها.

الفصل الثاني
الرقابة الدستورية على التناسب
في التشريع

مفهوم التناسب:-

يقصد بالتناسب في اللغة الفرنسية، علاقة أو صلة تامة بين شيء وآخر. أو علاقة بين الأجزاء بعضها والبعض، وبينها وبين الكل، ومفهوم هذه العلاقة أنها علاقة متناسبة.

أما في اللغة الإنجليزية فتعني النسبية جزءاً أو قسماً من كل، أما المتناسب فيعني كون الشيء في علاقة صحيحة بالشيء أو الأشياء الأخرى، أما المناسب فهو المتوافق في الحجم أو الكمية أو الدرجة لشيء ما بالنسبة الصحيحة.

ويعني التناسب في اللغة العربية، القرابة باعتباره من أصل كلمة نسب وانتسب واستنسب أي ذكر نسبه، ويقال بينهما مناسبة، ويقال ناسب الأمر أو الشيء فلاناً أي لازمه ووافق مزاجه(١).

والنسبة تعنى الصلة، وتعني في الرياضة نتيجة مقارنة إحدى كميتين من نوع واحد بالأخرى، والمقدار المنسوب ويقال بالنسبة إلى كذا أي بالنظر والإضافة إليه. وتناسب الشيئين يعنى تشاكلاً، والتناسب يعني التشابه، وفى الرياضة يعني تساوي نسبتيه(٢). وأري أن التناسب اسم جنس يمكن تقسيم دلالته إلى تناسب ملائم وتناسب معقول.

---

(١) إبن منظور، لسان العرب، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر المحمية ، الطبعة الأولي ، سنة ١٣٠٠هـ، الجزء ١، ٢، ص ٢٥٢.

(٢) المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، ١٤٢٠ هـ ١٩٩٩م ص ٦١٢.

المعنى الاصطلاحي:-

يعني التناسب من الناحية القانونية الصلة بين الشيء ومحله[1]. وقد نشأت رقابة التناسب بداية في القضاء الإداري في رقابته لتصرفات الإدارة المتمثلة في القرارات الإدارية. ويقوم القرار الإداري على خمسة أركان يجب أن تتوافر هي وشروط صحتها، وهذه الأركان هي السبب "أو الباعث " Le motif والشكل La forme، والاختصاص La competence والمحل L,objet، والغاية "أو الهدف" Le but.

وفيما يتعلق بأركان الشكل والاختصاص والغاية، لا تكون للإدارة حرية كبيرة بالنسبة لها، فعليها باستمرار أن تفرغ إرادتها في الشكل الذي يحدده القانون، وأن تحترم قواعد الاختصاص، وأن تستهدف بجميع أعمالها وتصرفاتها تحقيق الصالح، ومن ثم فإن القاضي الإداري يعمل رقابته بالنسبة لهذه الأركان بدرجة كبيرة. أما بالنسبة لركن السبب والمحل فيتجسم فيها عناصر التقدير في القرار الإداري، أي يكون للإدارة قدر كبير من الحريه تجاهها عكس الأركان الثلاثة الأخرى سالفة الذكر. وتتم رقابة القاضي الإداري لركن السبب بالتحقق من صحة وجود الوقائع المكونة لهذا الركن، ومن سلامة تكييفها القانوني.

وبالنسبة للمحل فإن للقاضي الإداري أن يتحقق من مشروعيته، وقد اضطر القاضي الإداري – في ظل تطور أنشطة الإدارة وتعددها – إلى رقابة الأجراء الذي اتخذته الإدارة في ضوء أهمية وخطورة الوقائع، بأن يقوم القاضي بتقويم شامل ودقيق للواقعة سبب القرار، للوقوف على مدي أهميتها ومبلغ خطورتها، وفحص وتقويم المحل أو الأثر الذي يراد إحداثه.

وبناء على تقويم القاضي الإداري لهذا وذلك يستطيع أن يقرر ما ترتب

---

(١) د. جورجي شفيق ساري – رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة لبعض الأنظمة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ١٦.

على الإجراء من أثر يتناسب مع الموضوع، الذي صدر القرار بشأنه. أو أن الإجراء قد أحدث آثاراً سيئة لا تتناسب مع ما كان يجب اتخاذه لمعالجة الموضوع الذي صدر القرار بشأنه شكلاً وموضوعاً.

وتُعد رقابة الإجراء المتخذ في ضوء مدي أهمية الوقائع ومبلغ خطورتها جوهر رقابة التناسب[١].

وبناء على ذلك يكون المقصود من التناسب في القانون الإداري، وجود توافق بين "سبب القرار" والأثر المترتب عليه في مواجهة الواقع.

ويقوم القضاء – وهو بصدد ممارسة رقابة التناسب – بتقدير أهمية هذه الوقائع وفحصها، وبيان أهميتها ومدي تأثيرها وخطورتها، ثم يقدر بالتالي الأجراء المتخذ ونوعه وحجمه ومدي جسامته، ومن تلك المقدمات يستطيع أن يتبين مدي التوافق بين سبب ومحل القرار الإداري، ومدي مشروعيته وما تركه القرار من آثار هينة أو جسيمة.

ومن هنا تقوم رقابة التناسب على عنصرين : أحدهما تقدير أهمية الواقعة المستوجبة لإصدار القرار، والثاني تقويم الإجراء المراد اتخاذه، ومدي تناسبه مع المناخ المستفاد من الواقع، ويقوم القاضي بالمقارنة بينهما، ثم يقوم بإصدار القرار المناسب للمناخ المستفاد من الواقع سواء بالتناسب أو عدم التناسب.

التناسب التشريعي:-

وهو ما يعني التوافق بين التشريع الصادر من المجلس التشريعي، ومدي المعالجة القانونية للواقع الذي صدر التشريع من أجله، والآثار المترتبة على التطبيق بحيث يتحقق للتشريع التناسب بين سبب التشريع ومحله.

---

(١) د. محمد فريد سيد سليمان الزهيري – الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري – رسالة دكتوراه – جامعة المنصورة ١٩٨٩ ص ٤.

التناسب الدستوري:-

وهو يختلف عن التناسب التشريعي، فالأخير يتمثل في التوافق بين القانون والواقع، أما التناسب الدستوري، فهو التوافق بين النص المتمثل في القاعدة القانونية، وبين نصوص الدستور، والمبادئ الأصولية التي تأسس عليها، وما إذا كان النص قد تجاوز الحدود الدستورية من عدمه. ومن ناحية أخري بحث مدي التوافق بين ما ترمي إليه النصوص القانونية لإصلاح الواقع من خلال الاتجاهات الدستورية لتحقيق دستورية النصوص القانونية – لأن النص القانوني قد يصلح الواقع بالفعل، إلا أنه في إصلاحه للواقع قد انتهك الأصول الدستورية بأي صورة من صور عدم الدستورية – لذلك كان يلزم تحقيق التوافق بين مقاصد المشرع من النصوص القانونية العادية، ومقاصد المشرع الدستوري، وما اتجهت إليه النصوص الدستورية ومبررات وغايات وضع كل من التشريعات العادلة والتشريعات الدستورية.

والواقع أن تحقيق التناسب بين النصوص القانونية على اختلاف درجاتها ومراتبها أمر في غاية الصعوبة، لا يمكن ضبطه وقت سن التشريع لأن المشرع بشر قد يخطئ وقد يصيب وحين تظهر على النص أعراض عدم التناسب يحتاج الأمر إلى جهة متخصصة تكشف ما إذا كان هناك فعلاً عدم تناسب وماهيته. وهذا ما يتحقق عن طريق الرقابة الدستورية، من حيث رقابة التناسب بين القوانين على مختلف درجاتها وبين المصالح العامة للدولة والمصالح الخاصة للأفراد، في أن يتمتعوا بالحق في ممارسة الحريات الشخصية المشروعة ما كان منها عاماً أو خاصاً وبين اتجاهات الدولة.

ورغم كثرة التعريفات للتناسب وتنوعها **ففي رأيي** "أن التناسب قاعدة مؤداها أنه عند الافتئات على قاعدة ما أو على حرية ما بإهدارها ولو بقدر بسيط، فإن التناسب هو مراعاة أن يكون مقدار الإهدار موازياً لمقدار رعاية المصلحة ذات الاعتبار بغير غلو ولا تفريط".

"**أو بعبارة أخري** أن التناسب هو إيجاد نسبة النفعية بين المنسوب

والمنسوب إليه. نسبة يمكن حسابها بالأرقام أحياناً أو بالتسمية أحياناً أخري، وإذا كانت نسبة الأرقام ميسورة من ذكر الرقمين، فإن النسبة بالتسمية لا يصعب وصفها ، بل يصدق عليها أن تكون نسبة ملائمة أو نسبة مفارقة أو نسبة تفاوت أو نسبة تساوي".

"ومن الناحية الدستورية، فإن التناسب يعني بيان مقدار الإهدار منسوباً إلى المصلحة المعنية بالاعتبار".

تعنى الملائمة بالفرنسية L'opportunité وبالإنجليزية opportunity المشتقة من الأصل اللاتيني opportunitas، صفة ما هو مناسب أو ملائم ونقيضها Inopportunité أي غير ملائم.

أما في اللغة العربية، فإن الكلمة تشتق من أصل كلمة لاءم أى أصلح الشيء، ولاءم بين شيئين أي جمع بينهما ووفقهما، وتلاءم الشيئان أن اجتمعا واتصلا وتلاءم الكلام أي اتسق وانتظم.

وتعنى الملاءمة اصطلاحا في اللغة القانونية توافق العمل القانوني مع ظروف الزمان والمكان، والموضوع الذي يواجهه، وبعبارة أعم تعنى الملاءمة توافق العمل التشريعي مع المناخ الذي اقتضي إصداره.

وتعنى في نطاق القرارات الإدارية توافق القرار مع توقيت اتخاذه ، والظروف المختلفة التي يصدر فيها.

كما يقصد بالملاءمة في مجال التشريعات توافق التشريع مع توقيت صدوره، والظروف الاجتماعية والسياسية التي يصدر فيها. وتكون الملاءمة إذن عبارة عن علاقة بين الأداة القانونية وظروف استخدامها واستعمالها.

أما التناسب فهو صلة بين العمل القانوني والمبادئ والقواعد التي تحكمه، كما أنه صلة داخلية في العمل القانوني بين بعض مكوناته أو أركانه، وبالتحديد بين سببه ومحله، ويدخل في هذه العلاقة الغاية أو الهدف من ورائه.

وتدخل الملائمة والتناسب في إطار السلطة التقديرية للإدارة أو السلطة التقديرية للمشرع. والسلطة التقديرية المخولة للمشرع غير مطلقة، كما أنها ليست سلطة تحكمية فهي حرية يمارسها المشرع في إطار الدستور وداخل حدوده[١].

ومن هنا فإن السلطة التقديرية للمشرع لا تختلف في طبيعتها عن السلطة الإدارة التقديرية، لأن السلطة التقديرية لا تختلف باختلاف المجال الذي تمارس فيه، أو باختلاف الأشخاص القائمين عليها، فهي ذات طبيعة واحدة، ولذلك فلا تختلف الرقابة التي يمارسها القضاء الإداري على ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية، وتقدير ملاءمة تصرفاتها في طبيعتها أو وسائلها، عن الرقابة التي يمكن أن يباشرها القضاء الدستوري على ممارسة المشرع لسلطته التقديرية أياً كانت درجة اتساعها.

وتباشر المحكمة الدستورية رقابتها على ملاءمة التشريع من خلال فكرة الغلو، والتي نشأت واستقرت في قضاء المحكمة الإدارية العليا، ومنها انتقلت إلى المحكمة الدستورية وذلك أن ملاءمة التشريع والبواعث على إصداره من إطلاقات السلطة التشريعية ما لم يقيدها الدستور بحدود وضوابط معينة[٢].

وتدخل الملاءمة والتناسب في إطار القانون الدستوري في نطاق السلطة التقديرية للمؤسسات الدستورية المختصة، وتمارس هذه المؤسسات السلطة في إطار القواعد والضوابط التي رسمها الدستور نفسه، وبالتوافق مع المقومات والمبادئ الأساسية والأحكام التي تضمنها.

---

(١) د. محمد إسماعيل علم الدين، التزام الإدارة القانوني في ممارسة السلطة في الفقه والقضاء الفرنسي، مجلة العلوم الإدارية ع ٣ س ١٣، ديسمبر ١٩٧١ ص ١٩.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٩٨٠/٢/١٦ في القضية رقم ١٣ س ١ ق ، الجريدة الرسمية العدد ١٠ في ٦م١٩٨٠/٣ (خاص برفض الطعن بعدم دستورية المادة (٣) من قانون الزراعة رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦ بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ٥٢ بالإصلاح الزراعي.

وتخضع هذه المؤسسات في استخدامها لهذه السلطة التقديرية في عملها التشريعي لرقابة القضاء الدستوري، للتأكد من احترام الضوابط الدستورية، ولضمان توافق أداة استعمال هذه السلطة مع أحكام الدستور والمقومات التي وضعها. وأهمها الحقوق والحريات الشخصية للأفراد داخل المجتمع.

ويعمل القضاء الدستوري على تحقيق التوازن بين نص القوانين ونص الدستور وبين كل منهما، وبين الحفاظ على حماية حقوق وحريات الأفراد. وقد طبقت المحكمة ذلك بالنسبة لحق الانتخاب وحق حرية السفر والتنقل[١].

التناسب والسلطة التقديرية:

تعد السلطة التقديرية أهم جوانب القانون الإداري والقانون الدستوري. وتعرف السلطة التقديرية على أنها حرية الإدارة، أو المشرع في اتخاذ القرار، أو الإجراء عند وجود الاختصاص، إذا كان الدستور أو القانون لا يملي مسلكاً معيناً.

وبناء على ذلك تعني السلطة التقديرية سلطة التصرف الحر الذي تتمتع به الهيئات العامة في شأن ما تصدره من قرارات، بحيث يكون لها القدرة بين أن تتدخل أو تمتنع عن التدخل، وإذا قدرت التدخل، فإنه يكون لها كذلك قدرة الاختيار الحر في شأن تحديد وقت التدخل، بل وفي طريقة ما يرخص لها في الخيار بين عدة قرارات كل منها مشروع مادامت لا تقوم على عيب الانحراف بالسلطة.

كذلك توجد السلطة التقديرية حيث يترك المشرع للإدارة أو الدستور للمشرع حرية التصرف تستعمله وفقاً للظروف بلا معقب، وتترخص في ذلك بحيث يكون لها الكلمة الأخيرة دون نزاع، فجوهر السلطة التقديرية يقوم على الإطلاق، ومعالمها هي تمتع الإدارة بنوع من الحرية في تقدير خطورة بعض

---

(١) حكم المحكمة الدستورية في ١٩٨٧/٥/١٦ قضية رقم ١٣١ س ٦.

الوقائع التي تحدث، واختيار وقت تدخلها، وتقدير أصلح الوسائل لمواجهة ذلك(١). وقد يقع الخلط أحياناً بين السلطة التقديرية للمشرع أو لجهة الإدارة وبين التناسب. إذ يري البعض أن السلطة التقديرية، هي الحرية التي تترك لتقدير مناسبة الإجراء المتخذ(٢).

كما يذهب البعض الآخر إلى أن السلطة التقديرية هي تمتع الإدارة بحرية تقدير قيام التناسب بين سبب القرار المقصود وأثره القانوني المعتمد المتمثل في محله، وعلى العكس من ذلك، فإن الاختصاص سيكون مُقيداً لرجل الإدارة إذا لم يكن متمتعاً بهذه الحرية في إجراء التناسب بين سبب القرار وأثره القانوني(٣).

ومن الملاحظ أن السلطة التقديرية هي مجال لنشاط الإدارة تتصرف فيه بشيء من الحرية عكس حرية تصرف الإدارة في مجال السلطة المقيدة Le pouvoir lié ، وهو المجال الذي تكون فيه الإدارة ملزمة بإتباع أسلوب معين، أو اتخاذ إجراء يفرضه عليها القانون.

أما التناسب فهو تقدير أهمية السبب، ومدي توافقه مع محل القرار أو التشريع، أي الإجراء المتخذ. وبناء على ذلك تكون السلطة التقديرية مجالاً تتصرف فيه الهيئات الدستورية بحرية دون إلزام قانوني عليها. ومن ذلك اختيار الإجراء المناسب "المحل" لأهمية الواقع "السبب". إذن ... يعد التناسب

---

(١) أ.د. سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، الانحراف بالسلطة، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٧٨ – ص ٦٣.

(٢) د. محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية، رسالة دكتوراه عين شمس، ١٩٧٤ ص ٥٠ – ٥١.

(٣) د. عصام عبدالوهاب البزرنجي ، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس القاهرة ١٩٧١، ص ٢٣٩ ص ٢٤٠.
وأنظر د. محمد إسماعيل علم الدين، التزام الإدارة القانوني في ممارسة السلطة التقديرية في الفقه والقضاء الفرنسي، مجلة العلوم الإدارية ع ٣ س ١٣، ديسمبر ١٩٧١، ص ١٩.

جزءاً من كل . فالمؤسسات الدستورية تحاول إعماله وتحقيقه، وهي بصدد اتخاذ إجراء معين، وهي تجري أمورها فيه بحرية.

ويستفاد من ذلك أن التناسب موضوع حيوي، وله أهمية كبري، فهو جوهر السلطة التقديرية، مع ذلك يلاحظ أنه ليست كل الاختصاصات التي تباشرها الإدارة بحرية في مجال سلطتها التقديرية هي إجراء التناسب فحسب ومن هنا، فإن السلطة التقديرية سواء بالنسبة للمشرع، أو بالنسبة للإدارة في مجال تباشر فيه الهيئات الدستورية الكثير من اختصاصاتها بشيء من الحرية، أما التناسب فإنه يقع في مجال السلطة التقديرية، ولكنه لا يستغرقها فهو أحد هذه المقومات يقوم بجواره مقومات أخري.

والحقيقة أن معيار السلطة التقديرية معيار مرن ومطاط، وأن مسألة مراقبة التناسب والملاءمة وفق معيار مطاط لا يحقق بطبيعة الحال حقيقة التناسب والملاءمة ، لأن التقدير ليس له ضوابط وقواعد محددة يكون القياس عليها حتماً واجباً، وإنما يكون قياس التناسب والملاءمة مرهونا باعتبارات أخري لجهة الإدارة أو للمشرع، ويحكمها في ذلك بطريقة مباشرة، أو غير مباشرة أنظمة الدولة واتجاهاتها وطبيعة المسائل التي يتعرض لها التشريع. ولذلك فإن تخويل المحكمة الدستورية العليا – بصفتها وبحق الجهة المختصة والمتخصصة والوحيدة – حق مراقبة التناسب والملاءمة بحرية كافية يحقق مصداقية التناسب، أو الملاءمة أو عدم مصداقيتها. إذ أن المعيار الذي يحكم المحكمة الدستورية العليا هو المبادئ الدستورية العليا دون سواها من خلال التوازن الصادق بين حق الأفراد في ممارسة حرياتهم الشخصية المشروعة، وحق الدولة في أن تضع الأنظمة القانونية اللازمة التي تحقق سلامة وأمن الدولة وتسيير مرافقها.

والقاضي الدستوري بصفته التخصصية ، وطبيعة اتجاهاته القضائية التي ترمي إلى تحقيق العدالة يتحقق على يديه التوافق والتوازن équilibre أو Pondération بين المصالح المشتركة للدولة وللأفراد، بما يحقق لنصوص

القانونية ـ أياً كانت مرتبتها تحت مظلة المعايشة الموضوعية لمفهوم التناسب والملاءمة ـ "**التوافق الملائم أو التناسب المتوافق**" بحيث يكون التوافق بين مصالح الدولة وحقوق الأفراد ملائماً لنظام الدولة وسيادتها الفعالة داخل إقليمها وخارجه من ناحية، ومن ناحية أخري يكون التناسب متوافقاً مع المبادئ الدستورية التي يجب أن تسود وتتحقق ، لأن في غيابها تصبح الملاءمة والتناسب مجرد أفكار نظرية بعيدة عن الواقع، لأنه بطبيعة الحال ما لا يمكن اعتباره دستورياً ، تنعدم معه فكرة الملاءمة والتناسب موضوعياً.

ومن هنا كان يجب أن يضع المشرع أو جهة الإدارة ساعة إصدار القوانين واللوائح، المبادئ الدستورية نصب عين كل منهما وفى قلبه، لأن الملاءمة والتناسب حقيقتان لازمتان للنصوص القانونية، وهما في كل الأحوال لا يتحققان عملاً إذا لم توضع المبادئ الدستورية في الاعتبار، فعند تحقق التناسب والملاءمة يقيناً يصبح النص دستورياً ومحققاً لآمال الأفراد واتجاهات الدولة.

والملاحظ أن الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، تستلزم وجود واقع ترمي إليه النصوص القانونية وتتكون الوحدة بين النص القانوني وبين الواقع المعالج بالنص، بحيث لا يجوز على الحقوق والحريات داخل المجتمع بدعوى تصحيح الواقع وعلاج سلبياته.

وقد نص الدستور المصري على الحقوق والحريات ، وحظر تقييدها إلا بقانون ووفق ضوابط معينة. مثال ذلك المادة ٤٥ التي تنص على أن: لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون". كما نص الدستور المصري على حرمة المراسلات البريدية والبرقية، والمحادثات التليفونية، وغيرها من وسائل الاتصال. وحفظ سرية هذه المراسلات، فلا تجوز مصادرتها أو الإطلاع عليها أو رقابتها، إلا بأمر قضائي مسبب ولمدة محدودة.

ويكون التناسب هو الأداة الفعالة لحماية هذه الحريات، باعتبار أن القاضي الدستوري يوازن بين الدولة والفرد – العام والخاص – السلطة والحق، القيد والحرية، والمصلحة العامة والمصلحة الخاصة. ويحدد القاضي القيود والحدود الجائز وضعها على الحقوق الشخصية، بغرض الوفاء بموجبات المصلحة العامة، أو بعبارة أخري إن الحريات الشخصية لا تقبل التقييد، وإنما ما يرد عليها هو ضوابط لاستعمال هذه الحريات بما لا يتصادم وحريات الآخرين. هذه الضوابط التي يطلق عليها أحياناً القيود تجد تبريرها في صالح المجموع، بما فيه الفرد أو مجموعة الأفراد الذين قد يكون هناك شبهة مساس بمصالحهم أو حرياتهم.

أن التناسب هو أداة توازن بين المصالح الخاصة، والمصالح العامة في إطار الرقابة الدستورية.

ويقوم التناسب بدور صمام الأمام لتحديد الحدود التي يمكن أن توضع للحرية الشخصية المقررة بواسطة الدستور . فهو أداة التوافق بين الضوابط التي قد يتم إدخالها على الحريات الشخصية، بهدف إشباع أولويات المصلحة العامة، والتي توزن بها قدرة تلك الضوابط على تحقيق الهدف المرجو، ومدي أهميتها النسبية مقارنة بالمصلحة الشخصية المثارة.

ومن هنا يكون التناسب مطالباً بالقيام بدور حيوي باعتباره صمام الأمان وجهاز تحديد الضوابط التي يمكن أن توضع على الحريات الشخصية المعترف بها من قبل الدستور.

ويلاحظ حتمية التصادم أحياناً بين مقتضيات الصالح العام، والحريات الفردية، كما أن توفير الحماية للحقوق الشخصية قد يصطدم في كثير من الأحيان بضرورات أمن المجتمع وسلامته. مثال ذلك: حرية التنقل قد تصطدم بموجبات أمن وسلامة المجتمع، ومن هنا قرر القانون في حالة الطوارئ لجهة

الإدارة اعتقـال مـن تمثـل حريـة تنقلـه تهديـداً ، أو خطـراً علـى أمـن المجتمـع وسلامته[١].

كما أن سلطة التفتيش قد تتسع أحياناً لتصطدم بالحرية الشخصية للأفراد، وحرمة خصوصياتهم ومساكنهم وممتلكاتهم ومراسلاتهم واتصالاتهم، وكذلك تصطدم سلطة رجال الضبط في استيقاف الأشخاص لمجرد الاشتباه بالحرية الشخصية، وقرينة افتراض البراءة[٢].

ويختلف تقدير الأطراف، إذ قد يري المشرع أو الإدارة أن الحفاظ على النظام العام، وتحقيق الصالح العام يستوجب تحجيم الإطار الذي يتحرك فيه الأفراد لممارسة حرياتهم وتحقيق مصالحهم الخاصة بوضع بعض الحدود أو القيود على ذلك.

ويري الفرد أن تقليص إطار حريته، يؤدي إلى إحداث اختلال في التوازن المطلوب، بين الصالح العام والصالح الخاص، إذ أن توسيع إطار الحرية الفردية يحقق الصالح الخاص، على حساب الصالح العام. مثال ذلك: قضية تحريم الدعاية لمشروعات التبغ والمشروبات الكحولية في فرنسا، فقد رأي الطاعنون أن ذلك يمثل مساساً بحرية الملكية، وحرية إقامة المشروعات، وممارسة الأنشطة، وذهب المشرع الفرنسي أن ذلك التقييد مرده إلى المصلحة العامة. والحفاظ على الصحة العامة واجب أساسي يقع عبؤه على الدولة.

وانتهى المجلس الدستوري الفرنسي إلى دستورية النص على أساس تناسبه، فإذا كان المشروع الاقتصادي حقاً من حقوق الأفراد، فإن المشرع قد أورد عليه بعض الضوابط التي تحقق نوعاً من التناسب بين حقوق الأفراد

---

(١) أ.د. فتحي فكري – الاعتقال، دراسة للمادتين الثانية والثالثة مكرر من قانون الطوارئ، دار النهضة العربية ١٩٨٩ ص ١٨ – ١٩.

(٢) حكم المحكمة الدستورية في ١٩٩٣/١/٢ طعن ٣ س ١٠ ق ، ورد النص الكامل له بالموسوعة الدستورية الشاملة – للأستاذ حسام محفوظ من ص ١٢٣ إلى ص ١٢٨.

المتمثلة في إقامة المشروعات والتجارة وحق الملكية، وبين المصلحة العامة المتمثلة في ضرورة الحفاظ على الصحة العامة. ومثال ذلك: فرض المشرع رسوماً قضائية، واقتضاؤه أمانة الخبير في بداية الدعوى، وتحصيل دمغة وأتعاب المحاماة قبل الانتهاء من درجات التقاضي، وقانون تحصيل الدمغة من المنبع عند رفع الدعوى، والقول بأنه يتعارض مع المادة ٦٨ من الدستور، والتي تنص على أن التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء بين المتقاضين ، وسرعة الفصل في القضايا، ويحظر النص على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء. وإزاء صعوبة الرقابة في هذا الصدد قضت المحكمة الدستورية بعدم قبول الطعن شكلاً لرفعه بغير الطريق القانوني(١).

وقد طبقت المحكمة الفيدرالية الأمريكية مبدأ التناسب في الرقابة بشأن المساواة بين البيض والسود في قضية City of Richmond V. J A Croson Co. وقد أصدرت مدينة Richmond قانوناً يستلزم من المقاولين المتعاقدين مع المدينة أن يسندوا إلى مقاولين من الباطن ٣٠ % من قيمة العقد. وهؤلاء المقاولون من الباطن لابد أن يكونوا أعضاء بجمعية تسمي M.B.E.S وهي مكونة من الأقليات، وهم الزنوج وذوو الأصل الأسباني، والشرقيون والهنود والإسكيمو ، طعن على هذا القانون بعدم الدستورية.

وقد لاحظت المحكمة العليا أن هناك قانوناً فيدرالياً مشابهاً للقانون المطعون عليه، كانت المحكمة انتهت إلى دستوريته في قضاء صادر سنة ١٩٠٨ في قضية Fullillove ومع ذلك اعتبرت القضية المطروحة تختلف عن القضية السابقة، إذ أن الكونجرس يملك سلطات واسعة علاجية، لا تملكها الولايات طبقاً للفقرة الخامسة من التعديل الرابع عشر، ليعرف ويعالج آثار

---

(١) حكم المحكمة الدستورية ١٩٩٢/٢/٧ قاعدة رقم ٩ طعن ٦٨ س ١٣ ق ، مجموعة الأحكام التي أصدرتها المحكمة من أول يوليو ١٩٩٢ حتى آخر يونيو ١٩٩٣، الجزء الخامس، المجلد الثاني ص ٩٠.

التفرقة العنصرية الواسعة، دون أن يعني ذلك أنّ الولايات أو التقسيمات الأدنى تملك سلطات مماثلة. وقد استخدمت مدينة Richmond فكرة التصفيات العنصرية، وهو أمر قد يحدث إيذاء كبيراً، إذ قد يؤدي إلى الإحساس بالدونية العنصرية وإلى العداء السياسي. وحيث أن القانون لا يوجد ما يبرره من ناحية الواقع، فلا يوجد ما يبرر نسبة الاحتجاز ٣٠ %، كما يوجد تفاوت بين نسبة العقود الممنوحة للأقلية ونسبتهم إلى السكان.

وقضت المحكمة بعدم دستورية القانون، لأن نسبة الاحتجاز المذكورة ليست متناسبة، ولا يمكن تبريرها كإجراء علاجي، ويمكن أن نعزو إنكار القضاء الدستوري الأمريكي، للفكرة التي بني عليها التشريع المعيب، إلى إخلال ذلك التشريع بمبدأ المساواة أمام القانون وهو ما نصت عليه المادة ٤٠ من الدستور المصري.

وفي قضية Board of Education of Oklahoma city public V. Dowell قضت محكمة أوكلاهوما في سنة ١٩٦٣ ، بأن مجلس التعليم بالمدينة ينتهج سياسة عنصرية، وأمرت المحكمة سنة ١٩٧٢ المجلس بإتباع خطط للقضاء على التفرقة العنصرية، وبعد خمس سنوات أنهت المحكمة القضية لإذعان المجلس لأوامرها.

وتبني المجلس سنة ١٩٨٤ خطة لإعادة توزيع الطلاب في المدارس نظراً لزيادة عدد السود فيها. طالب أولياء الأمور بإعادة النظر في الأمر من المحكمة لإخلال الخطة بالمساواة. ورفضت المحكمة الطلب باعتبار أن حكمها نهائي، ورأت المحكمة الإستئنافية إلغاء هذا الحكم.

عُرضت القضية على المحكمة الفيدرالية بناء على أمر إحالة من المحكمة الأدنى إلى المحكمة الأعلى، أي بموجب Certiorari وأيدت المحكمة الفيدرالية ما قضت به المحكمة المركزية ، باعتبار أن المركز المدرسي يعمل وفقاً لتعاليم فقرة الحماية المتساوية الواردة بالتعديل الرابع عشر.

في قضية Mistretta V. United states :

أصدر الكونجرس قانوناً ينظم لجنة الولايات المتحدة للعقوبة المسماة United States sentencing commission وهي التي تتولي وضع الإرشادات الجزائية، وعلى القاضي الجزئي إتباعها، وإن جاز له الخروج عليها حال إدراكه أن وقائع القضية تدعو للتشدد أو التخفف مما تقرره اللجنة، وفي هذه الحالة يجب أن تذكر الأسباب التي أدت إلى ذلك.

وفي ١٠ ديسمبر ١٩٨٧ اتهم Mistretta وآخرون، بالاتجار في المخدرات، وقدموا للمحكمة المركزية للولايات المتحدة، دفع المتهم بعدم دستورية الإرشادات التي وضعتها اللجنة، باعتبارها انتهاكا لبند التأسيس، ولمبدأ الفصل بين السلطات، إذ يمثل الأمر تفويضاً غير دستوري من قبل السلطة التشريعية.

وعرض الأمر على المحكمة الفيدرالية، بناء على طعن المتهم، فقضت بأن مبدأ فصل السلطات لا يمنع الكونجرس مع الاستعانة بالسلطتين الأخريين، وفي ظل مجتمع متشابك، فإن الكونجرس لا يستطيع أداء مهامه بكفاءة حال غياب القدرة على تفويض السلطة في حدود معينة، كما أن التفويض في الواقعة محل الموضوع يتفق تماماً مع المتطلبات الدستورية.

وقضت المحكمة الفيدرالية، بأن الفصل الحقيقي بين السلطات الذي قصده واضعو الدستور، هو الفصل النسبي، ولم يقصد به مطلقاً أن تكون الأفرع الثلاثة لا سيطرة لها على بعضها، إنما قصد به أن يكون هناك نوع من المراقبة والتوازن بين تلك الأفرع.

وإذا كان الدستور الأمريكي في ظاهرة قد وزع السلطة لضمان الحرية، فإن الواقع قد أدي لنشأة الحكومة المتعاونة . كما أن عمل اللجنة المذكورة ليس فيه إخلال بالتوازن بين الأفرع الثلاثة، ورغم أن تلك اللجنة داخل الفرع

القضائي، إلا أنها لا تمارس سلطة قضائية بحتة من حيث الواقع، إذ أنها ليست محكمة، ولا يبرر وضعها داخل الفرع القضائي سوي أن دورها يشبه دور القاضي الذي يقرر العقوبة المناسبة على الجريمة المقترفة.

ولهذا نظيره فيما قضت به المحكمة الدستورية في مصر من عدم دستورية النصوص الواردة في بعض القوانين ناهية للقاضي عن القضاء بوقف تنفيذ العقوبة بناء على ما رأته المحكمة من أن ذلك يعد تدخلاً من السلطة التشريعية في عمل من صميم اختصاص القضاء(١).

قضية ١٨٣٣ Brron V.Baltimore:

كان لبارون رصيف في ميناء بالتيمور الذي أحاطت به المياه العميقة في الميناء، ليسمح للسفن الكبيرة أن ترسو عليه، وقد حولت المدينة المجري المجاور للرصيف المملوك لبارون، وأدي ذلك لتراكم كميات كبيرة من الرمل والتراب حول الرصيف. الأمر الذي جعل الماء ضحلاً، وأدي لعدم صلاحية الرصيف.

ادعي المالك أن المدينة قد نزعت ملكيته للاستعمال العام، دون تعويض عادل، وحكم له بالتعويض في الدرجة الأولي، إلا أن محكمة استئناف ميرلاند ألغت هذا الحكم. وقد طعن المالك بالاستئناف أمام المحكمة العليا مدعياً بأن التعديل الخامس يحظر أخذ الملكية الخاصة للنفع العام، دون تعويض يطبق على الولايات والكيانات المنشأة من الولايات المتحدة مثل مدينة بالتيمور.

وقضت المحكمة بأن الحقوق الواردة في الميثاق قد أوردت قيوداً على السلطة الفيدرالية، كما أن التعديلات قد اقترحت من قبل الأغلبية في الكونجرس

---

(١) الأحكام التي تصدت فيها المحكمة الدستورية العليا لعدم دستورية النصوص المانعة للقاضي من وقف تنفيذ العقوبة:-

أ- الحكم بجلسة ٩٧/٧/٥ في القضية ٢٤ لسنة ١٨ ق . د.

ب- الحكم بجلسة ٩٧/١١/١٥ في القضية ١٢٤ لسنة ١٨ ق. د.

الحكم بجلسة ٩٨/٢/٧ في القضية ٤٢ لسنة ١٩ ق.د.

بما يتفق مع المشاعر العامة، وأقرتها الولايات ، ولكنه لم يشر إلى تطبيقه على الولايات. وقد خسر المالك الدعوى وسرعان ما عدلت عن ذلك المحكمة الفيدرالية في قضية Hurtedo V. californai 1884 وقد استند المدعى بأن شرط القضية، والإجراءات القانونية يشمل كل أشكال الإجراءات المميزة للإجراءات الجنائية الأنجلوأمريكية، بما في ذلك حق الاتهام بهيئة محلفين كبري، وهذا الحق مضمون في الإجراءات الجنائية الفيدرالية بالتعديل الخامس لميثاق الحقوق.

وقضت المحكمة بأن الولاية لا تخالف شرط المحاكمة القانونية، إذ لم تأخذ بنظام هيئة المحلفين الكبرى، ذلك أن شرط القضية الواجبة ليس مفهوماً جامداً يجمد كل أشكال ونماذج الإجراءات المعروفة في القانون العام، بل إنه مفهوم ديناميكي قابل للنمو المتقدم، والملاءمة الحكيمة للظروف الجديدة، والمواقف والأشكال والقضايا التي يجد من الملائم أن يعطي لها تعبيراً جديداً من وقت لآخر، وأثراً كبيراً للأفكار الحديثة للحكومة الذاتية.

وبذلك تكون المحكمة قد أقرت تطبيق ميثاق الحقوق على الولايات ، وفقاً لمبدأ التناسب بين المصالح المتعارضة. وعلى ذلك فإن التناسب يلزم لقيامه تحقيق الموازنة والتلاؤم بين الصالح العام والخاص، وتقويم التوافق بين القاعدة القانونية المراد تطبيقها، والواقع الاجتماعي في ظل الضوابط الدستورية، وحرمة الحياة الخاصة، وحق التمتع بالحريات الشخصية التي كفلها الدستور.

ومن هنا يدخل في مهمة الرقابة الدستورية التحقق من التناسب بيع التشريع؛ وبين المصالح المراد تحقيقها. إذ أن التوافق والتلازم بين القانون – كاتجاه لازم للدولة وسيادتها – والحريات ضرورة لازمة لتقرير الديمقراطية كأساس للحكم [١] .

---

(١) رسالة د. هالة أحمد سيد أحمد المغازي دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الحريات الشخصية – جامعة الإسكندرية، سنة ٢٠٠٤ ص ١٩٠ وما بعدها وأنظر د. جورجي شفيق سارى التناسب في نطاق القانون الدستوري دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٠ ص ٣٠ وما بعدها.

وفى تحليل جميل ودقيق لطبيعة عمل القاضي الدستوري في رقابة التناسب ذهب أحد الفقهاء إلى:-

يتمثل دور المختص بهذه الرقابة أساساً في بحث مدي توافر التقارب وعدم التباعد أو التنافر بين مكونات ما يقوم برقابته.

وجوهر عمليه يكفي بصفة أساسية في التحقق من مدي وجود توازن Equilibre, pondération بين الأشياء التي يتضمنها الموضوع محل الرقابة.

وحتى نكون أكثر تحديداً، فإن المختص على الرقابة في نطاق القانون الدستوري، يقوم بتحليل محتويات موضوع الرقابة، ويحولها إلى عناصر، ويحاول بحث العلاقة بين هذه العناصر بعضها بالبعض الآخر.

وعلى سبيل المثال، إذا كان محل الرقابة نص تشريعي فإن المختص برقابة التناسب – وهو غالباً القاضي الدستوري كما رأينا – يقوم ببحث الموضوع من جميع جوانبه. ونتخيل أن القاضي الدستوري يقوم بالخطوات الآتية:-

أ-يستحضر أمامه كل مكونات الموضوع، والتي تتمثل في النص موضوع الرقابة ونصوص الدستور وأي نصوص أخري ومتعلقة بالموضوع، وأي قواعد تمس ذات الموضوع.

ب- يقوم القاضي بالمراحل الذهنية الآتية:-

١-تحليل النص ذاته ومدي ارتباطه بالغرض المقصود تحقيقه من ورائه.

٢-بحث مدي توافق النص مع الغرض منه، ومدي قدرة النص على تحقيق الهدف الذي صدر من أجل تحقيقه.

٣-بحث علاقة هذا الهدف والوسيلة إلى تحقيقه بالنصوص الدستورية. ومدي توافقهما مع الأحكام التي تضمنها الدستور، والضمانات التي اشتمل عليها، خاصة إذا كانت تتعلق بحقوق وحريات الأفراد.

٤-إذا كان النص يشتمل على تقييد أو تحديد أو يتضمن وضع شروط أو ضوابط على حق معين أو حرية معينة، فيقوم القاضي ببحث مدي جواز ذلك، وما إذا كانت السلطة التي وضعت مثل هذه القيود والشروط تملك ذلك أم لا. وما إذا كان الهدف الذي تسعي إلى تحقيقه من وراء ذلك – وهو غالباً الصالح العام – يمكن إن يبرر ذلك. وما إذا كانت هذه القيود أو الشروط تؤدي إلى التأثير على وجود الحق ذاته بحيث تعرض هذا الوجود للخطر، وما إذا كان ذلك يتخطى حدود تنظيم ممارسة الحرية ووضع ضوابط لاستعمالها إلى حد مصادرتها.

وباختصار فإن القاضي في هذه المرحلة يطرح على نفسه التساؤل الآتي:- "هل هناك مساس" ؟ y a – t – il – atteinte

٥-ثم يضع القاضي كل ذلك في الميزان فيضع الهدف الذي تريد السلطة التي أصدرت النص تحقيقه – وهو كما قلنا الصالح العام في الغالب مع وسيلة تحقيقه أو الوصول إليه، يضع ذلك في كفة، ثم يضع الحرية أو الحق الذي يمسه هذا النص مع نصوص وأحكام الدستور، والضمانات التي تتضمنها على الكفة الأخرى.

٦-يقوم القاضي بعملية الميزان، ويبحث مدي تقارب الكفتين من تباعدهما. ويضع في حسبانه وهو يقوم بهذه العملية كل الاعتبارات الأخرى حتى الواقعية، فعملية الرقابة ليست عملية مجردة بشكل مطلق. وفى هذه المرحلة يطرح القاضي على نفسه السؤال التالي:- L'atteinte est elle disproportionnée?.

٧-يصل قاضي الرقابة إلى النتيجة ، وهو أحد أمرين لا ثالث لهما:-

- إما أن تكون الكفتان متساويتين أو متقاربتين، وفي هذه الحالة فإنه يقضي بصحة النص، وتوافر التناسب فيه.
- وأما – على النقيض – أن تكون الكفتان متباعدتين بدرجة كبيرة ، فإنه يقضي بعدم سلامة النص من الناحية الدستورية لانتفاء التناسب فيه.

ودور قاضي رقابة التناسب هنا هو دور مضني وشاق، ومما قد يزيد من شقائه أن النصوص لا تتضمن عادة الإشارة الصريحة إلى وجوب تحقق التناسب.

هذا بالطبع باستثناء بعض الأنظمة والنصوص التي تقتضي وجود ارتباط وثيق بين الضوابط والقيود التي تفرضها بعض النصوص والقرارات وبين الهدف الذي تسعي إلى تحقيقه.

ومن ذلك مثلاً المادة ١٨ من الاتفاق الأوربي لحقوق الإنسان التي تنص على أن القيود التي يمكن وضعها وفقاً لهذه الاتفاقية على الحقوق والحريات المذكورة لا يمكن تطبيقها إلا في إطار الهدف الذي من أجله تم النص عليها.

وكما نري فهذا نص عام وشبه صريح على ضرورة وجود تناسب، أي رابطة تبادلية بين أهداف القيود التي ترد على الحقوق والحريات وبين الوسائل المستخدمة لذلك.

وإذا كانت هذه المادة تقر بمشروعية تدخل إحدى السلطات في ممارسة هذا الحق.

فإنها تربط هذا التدخل بضوابط وحدود لتحقق التناسب بين ضرورة حماية الحق وضرورة صيانة وتحقيق النظام العام، أي التناسب بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة.

وتتمثل هذه الضوابط في ضرورة أن يكون هذا التدخل منصوصاً عليه في القانون، وأن يمثل هذا التدخل – في مجتمع ديمقراطي – إجراءً ضرورياً للأمن القومي ، أو للصحة العامة، أو الرفاهية الاقتصادية للبلد ، أو للدفاع عن النظام ومنع وقوع الجرائم الجنائية، أو حماية الصحة أو الأخلاق، أو حماية حقوق وحريات الأفراد.

وذات الأسلوب اتبعه الاتحاد الأوربي بالنسبة لباقي الحقوق والحريات مثل حرية الفكر والعقيدة والديانة (م٩) وحرية التعبير (م ١٠) وحرية الاجتماع وتكوين الجمعيات (م ١١) والحق في الزواج وفى الحياة الأسرية (م ١٢). وحق الملكية الذي نص عليه البروتوكول الأول الملحق في مادته الأولي.

وقد اتبع ذات الأسلوب الدستور المصري الصادر عام ١٩٧١، فهو ينص على الحقوق والحريات ويحظر تقييدها إلا بقانون ووفق ضوابط معينة.

ومثال ذلك المادة ٤٥ منه، التي تشبه المادة الثامنة من الاتفاق الأوربي لحقوق الإنسان. فهي تنص على أن "لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون.

وللمراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال حرمة، وسريتها مكفولة ولا تجوز مصادرته أو الإطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي مسبب ولمدة محددة ووفقاً لأحكام القانون".

وكذلك فعل المشرع الدستوري مع باقي الحقوق والحريات الأخرى التي نص عليها في الباب الثالث منه الخاص بالحريات والحقوق والواجبات العامة، بل وفيما يتعلق بالمقومات الأساسية للمجتمع والضمانات الأخرى والتي نص عليها في أماكن متفرقة منه.

وقد يكون المشرع الألماني قد خطى خطوة كبيرة أكبر وأكثر تقدماً في هذا المجال، حيث أنه نص صراحة في القانون الأساسي La loi fondamentale (الدستور) الصادر عام ١٩٤٩ ، ضمن النصوص المخصصة للحقوق الأساسية، على إدخال الرقابة على التناسب. وذلك بعد أن

وضع القاعدة العامة في هذا الشأن في الفترة الثانية من المادة ١٦ منه التي تنص على أنه لا يجوز في أي حال من الأحوال النص على قيود أو حدود على أي حرية كتلك التي تؤدي على أن تفقد هذه الحرية جوهرها أو ماهيتها أو فحواها[1].

ومن أهم الأفكار والنظريات التي يستعين بها في قيامه بالتقدير، فكرة الخطأ الظاهر، وفكرة الغرم والغنم والضرورة تقدر بقدرها وفكرة المعقولية.

أولاً:- الخطأ الظاهر:

يستخدم القاضي الدستوري في رقابته على التناسب نظرية الخطأ الظاهر أو الواضح أو الفاضح، لتقييم تقدير المشرع مصدر النص محل الرقابة.

فالقاضي الدستوري، يبحث ما إذا كان البرلمان بتبنيه هذا النص أو ذاك لم يرتكب خطأ ظاهراً في التقدير، أدي إلى اصطدام بمبدأ ذي قيمة دستورية. وما إذا كان مثل هذا الخطأ الظاهر قد فات على المشرع.

ولكن يلاحظ أن حدود سلطة المشرع في التقدير تتمثل في ضرورة التطابق مع المبادئ ذات القيمة الدستورية، ومع ما تتضمنه.

ولكن جرأة القاضي الدستوري الرئيسية قد تبدو في بعض الحالات ليست في رقابة الخطأ الظاهر وإنما في التعريف الذي يعطيه أعلي من المقتضيات الدستورية المفروضة على المشرع.

فما يهم في واقع الأمر، ليست الإشارة إلى الصفة الظاهرة أو الواضحة أو الفاضحة في الخطأ في تقدير المشرع، وإنما ما يؤخذ في الحسبان هو طبيعة الرقابة التي تمارس بوساطة هذه الوسيلة.

فعن طريق الخطأ الظاهر يدخل القاضي الدستوري رقابة التناسب، لأنه

---

(١) هذا تحليل جورج شفيق ساري – المرجع السابق ص ١٠٤.

هذا الطريق يسمح له أن يضع في الميزان المصلحة العامة المبتغاة في القانون في جانب. ويضع ، في الجانب الآخر، الانتهاكات بهذا المبدأ الدستوري أو ذاك، ووفقاً للنتيجة سيكون حكم القاضي بما إذا كانت مثل هذه الانتهاكات غير متناسبة أم لا، مبالغاً فيها أم لا بالنظر إلى التفسير الذي اتبعه المشرع، وبناء عليه سيحكم بتوافق القانون أم لا مع الدستور.

فبهذه الوسيلة يملك القاضي الدستوري، أداة قوية للرقابة، لأنها تسمح له تقدير ما إذا كانت صفة عدم التناسب أو عدم المبالغة، أو الملائمة أو المعقولية في – للاختيارات التي يجريها المشرع.

ويستخدم المجلس الدستوري في فرنسا هذه الفكرة غالباً في قضائه لحمل رقابة التناسب، وقد استخدمها في قراره الخاص بالتأميم، والذي قضي فيه أن التقدير الذي قام به المشرع في هذه الحالة، بالنسبة لضرورة التأميمات، لا يمكن – مع غياب الخطأ الواضح – رده أو الطعن فيه.

ومنذ ذلك الحكم والمجلس الدستوري الفرنسي يستخدم هذه الفكرة بشكل منتظم.

وفى قضاء المحكمة الدستورية العليا لهذه النظرية وإن كانت لا تستخدم تعبير الخطأ الظاهر، بشكل صريح.

ثانياً:- فكرة الغرم والغنم:
وفكرة الضرورة تقدر بقدرها:

يستعين قاضي التناسب – وهو بصدد تقييم وتقدير العمل القانوني محل الرقابة بفكرة الغرم والغنم، أو بمنطق المزايا والعيوب، أو الفوائد والتكاليف، أو الخسائر والمكاسب أو الإيجابيات والسلبيات المترتبة على نص معين أو إجراء معين.

كما يستعين بفكرة الضرورة تقدر بقدرها، في تقييمه وتقديره للتناسب في الموضوع الذي يخضع لرقابته.

وبالاستعانة بهذه الفكرة أو بهذا المنطق يقوم قاضي التناسب بوضع الآثار الإيجابية المترتبة على نص تشريعي أصدره المشرع، أو إجراء معين اتخذته الدولة أو السلطة المختصة، يضع ذلك في كفة ، ويقوم بوضع الآثار السلبية المترتبة على هذا النص أو الإجراء في الكفة الأخرى، ويقوم بعملية الميزان بين الكفتين ليري ما إذا كان تناسب بين الكفتين، أم أن هناك اختلاف، وإذا كان هناك اختلافا، فما هي درجته هل هو بسيط صغير، أم أنه جسيم كبير بينهما بحيث يدخل بشكل ملحوظ وواضح بالتوازن بينهما.

وبالاستعانة بمنطق الضرورة تقدر بقدرها، يبحث قاضي التناسب عن مدي التزام المشرع في النص الذي أصدره بحدود الضرورة وقدرها من عدمه.

ونجد تطبيقات كثيرة لمنطق الغرم والغنم في قضاء المجموعة الأوربية من ذلك مثلاً حكم محكمة العدل للمجموعات الأوربية الصادر بتاريخ ١٣ نوفمبر ١٩٩٠، والصادر بمناسبة منشور أوربي يتعلق بالهرمونات في غذاء الحيوانات، والي تقول فيه أن مشروعية حظر نشاط اقتصادي يخضع لشرط أن تكون إجراءات الحظر ملائمة وضرورية لتحقيق أغراض مشروعة، يسعي إليها التنظيم موضوع القضية، ومن المفهوم أنه في الاختيار عندما تكون هناك عدة إجراءات ملائمة، يجوز اللجوء إلى أقلها جبراً أو إكراهاً، وأن السيئات الناتجة عنه لا يجب أن تكون غير متناسبة مع الأهداف المرجوة منه:

ومن ذلك أيضاً حكم المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في قضية Van des Mussele، الصادر في ٢٣ نوفمبر ١٩٨٣، والذي تؤكد فيه أن الالتزامات المفروضة على الطاعن كانت تجد في مقابلها مزايا متصلة بالمهنة، بحيث أن المصلحة العامة التي كانت تهدف إليها في المرتبة الأولي تتزواج مع فائدة شخصية لصاحب الشأن الذي يعاني من المساس بحريته.

ويمكن أن نجد تطبيقاً لهذا المنطق إلى جانب منطلق الضرورة تقدر بقدرها في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر.

من ذلك مثلاً حكمها الصادر في ٢٠ مارس ١٩٩٣[١]، فيما يتعلق بالقيود الاستثنائية على العلاقة الإيجارية، ومدي مساسها بحق الملكية المنصوص عليها في الدستور.

فبعد أن تبين المحكمة بأن الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيدها، فهي توضح أن جوهر السلطة التقديرية يتمثل في المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة لاختبار ما يقرر أنه أنسبها لمصلحة الجماعة أكثرها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي تناوله بالتنظيم.

ثم تشرح المحكمة بأن الملكية لم تعد في ظل النظم الوضعية التي تزاوج بين الفردية وتدخل الدولة، حقاً مطلقاً، وإنما يجوز أن تفرض عليها القيود التي تقتضيها وظيفتها الاجتماعية، وهي وظيفة يتحدد نطاقها ومداها على ضوء طبيعة الأموال محل الملكية أو الأغراض التي ينبغي توجيهها إليها، وبمراعاة الموازنة التي يجريها المشرع بين المصالح المختلفة، ويرجع من خلالها ما يراه منها أولي بالرعاية واجدر بالحماية على ضوء أحكام الدستور، وهي قيود أكثر ما تكون وضوحاً في مجال الانتفاع بالأعيان المؤجرة لمواجهة الأزمة المتفاقمة الناشئة عن قلة المعروض من الأماكن المهيأة للسكني لمقابلة الزيادة في الطلب عليها.

وتعقب ذلك بالتعرض لمنطق الضرورة وما تفرضه وقدرها؟ بقولها أن عمد المشرع – لمواجهة أزمة الإسكان التي ترتد جذورها إلى الحربين العالميتين الأولي والثانية – إلى إصدار تشريعات استثنائية خرج فيها على

---

(١) مجموعة الأحكام السابق الإشارة غليها ، الجزء الخامس المجلد الثاني، قاعدة رقم ١٩، القضية رقم ٦٣ لسنة ١٣ قضائية "دستورية"، ص ٢٢٦.

القواعد العامة في عقد الإيجار، إن صح فيه القول بأن الطبيعة المؤقتة لهذه التشريعات الاستثنائية قد زايلتها، وأن الأمر قد آل إلى اعتبارها من قبيل التنظيم الخاص لموضوعها، إلا أن تطبيقها ظل مرتبطاً بالضرورة التي أملتها، وما كان ينبغي لسريانها أن يجاوز قدر هذه الضرورة، وإلا اعتبر إقرارها فيما يجاوز هذا النطاق مخالفاً للدستور لخروجها على مقتضي الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية، وانتقاصها – بالتالي – من الحماية التي كفلها الدستور لهذا الحق.

وإن ما قرره المدعى من أن مشكلة الإسكان في القرى باتت تتفاقم حدتها وتتعاظم مخاطرها، بما يحتم معاملتها على مقتضي الأحكام الاستثنائية السارية في المدن، لا يعدو أن يكون جدلاً من جانبه في شأن النطاق الذي اختاره المشرع لتطبيق هذه التشريعات، وهو نطاق يستقل المشرع بتقديره كلما كان ملحوظاً في تجديده ما توجبه الضرورة الناشئة عن أزمة الإسكان أو المترتبة عليها، وفى حدود متطلباتها.

ذات الأداة ، استخدمتها المحكمة الدستورية العليا في أحكام أخري، تتعلق بالامتداد القانوني لعقد الإيجار الذي قرره المشرع، حتى بدون موافقة المالك ومدي مساس ذلك بحق الملكية. وفى هذه الأحكام، اعتبرت المحكمة أن ضرورة أزمة الإسكان تعتبر ضرورة، تبيح الخروج على القواعد العامة، وفرض قيود على الحقوق ولكن الضرورة بقدرها[1].

إذن يتضح من هذه الأحكام أن قاضي التناسب يستعمل، في تقديره وتقييمه للشيء محل الرقابة، منطق الغرم والغنم، ومنطق الضرورة تقدر بقدرها، ليري ما إذا كان هناك تناسباً فيه أم لا، بالنظر إلى ما يتضمنه وما ينطوي عليه من عيوب ومزايا وأضرار ونوافع، وليقدر كذلك حدود الضرورة التي تفرضه وتمليه.

---

(١) أنظر على سبيل المثال، حكمها بتاريخ ٢٧ مايو ١٩٩٢، قاعدة رقم ٣٨/ ٧، ٨ القضية رقم ٢٥ لسنة ١١ قضائية "دستورية" المجموعة ، الجزء الخامس، المجلد الأول ص ٣٦٤. وأنظر كذلك حكمها بتاريخ ١٤ مارس ١٩٩٢ ، قاعدة رقم ٢٨، القضية رقم ٣٦ لسنة ٩ قضائية "دستورية"، ذات المجموعة ص ٢٤٤.

ثالثاً:- المعقولية:

يلجأ قاضي التناسب إلى فكرة المعقولية، لبيان مدي توافر التناسب في القضية المعروضة عليه من عدمه.

والمعقولية هي علاقة بين ما يتضمنه العمل من ضوابط وحدود وقيود وتنظيمات وبين الهدف الذي يسعي إلى تحقيقه من وراء ذلك.

وتتحقق المعقولية إذا كانت هذه العلاقة في الحدود المقبولة عقلاً ومنطقاً، دون تجاوز مبالغاً فيه من حيث التشدد. أي تكون العلاقة داخل الإطار الطبيعي لها لم تخرج عنه، ولم تتخطاه.

وتنتفي المعقولية، إذا خرجت هذه العلاقة عن هذا الإطار المقبول عقلاً ومنطقاً. وفى هذه الحالة تنتفي علاقة التناسب.

ونجد تطبيقاً لاستخدام هذه الوسيلة في قضاء المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان. من ذلك مثلاً حكمها الصادر في ٢ مارس ١٩٨٧ ، والذي تقرر فيه المحكمة بأن النظام الانتخابي موضوع القضية والمطعون فيه، ليس مخالفاً للصواب وليس فيه خرقاً أو خروجاً على المعقولية، ولا يضع تحديداً غير متناسب، على التعبير الحر للناخبين.

وكذلك حكمها الصادر في ٢٣ نوفمبر ١٩٨٣، في قضية المحامي Van، والذي توضح فيه أنه فقط الاختلال الجسيم وغير المعقول بين الهدف المنشود والالتزامات المضطلع بها لإدراكه، هي التي يمكن أن تبرر استخلاص أن الخدمات المطلوبة من الطاعن تضفي صفة الإلزام أو الجبر أو القهر على القيام بعمل معين، مما يتنافي مع الاتفاق الأوربي لحقوق الإنسان والذي يمنع العمل القهري Travail force ou obligatoire أي إكراه الفرد على القيام بعمل معين، دون إرادته ورغماً عنه. وإن مثل هذا الاختلال أو عدم التوازن لا يبرز ولا يستفاد من عناصر الملف.

وباستخدام منطق المعقولية أيضاً، قد قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر ، بعدم دستورية المادة الثانية من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب فيما تقضي بتثبيت صفة العامل والفلاح عند تاريخ ١٥ مايو ١٩٧١، وعدم الاعتداد بأي تغيير، من صفة فئات إلى عمال وفلاحين بعد هذا التاريخ، لأنه من غير المعقول، أن يضع القانون استحالة مطلقة أمام تغيير هذه الصفة، وتظل ذات الصفة التي كانت له في تاريخ معين لصيقة به حتى ولو كانت لا تتفق مع الحقيقة والواقع الفعلي(١).

---

(١) صدر هذا الحكم بتاريخ ٨ يوليو ٢٠٠٠، وقد تم تعديل هذا النص بالقانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٠ د. جورج شفيق ساري المرجع السابق ص ١٢٠.

الفصل الثالث
الرقابة على عدم الاختصاص السلبي للمشرع

استقرت فكرة عدم الاختصاص السلبي تماماً في الفقه والقضاء الإداريين. وتطبيقاً لهذه الفكرة لا تستطيع السلطات الإدارية أن تمتنع عن ممارسة ما تضطلع به من اختصاصات مقيدة أو تقديرية، أو أن تتخفف من هذه الاختصاصات، طالما أن من شأن هذه الامتناع أن يضر بالمصلحة العامة أو بحقوق وحريات الأفراد.

ثم لفتت فكرة عدم الاختصاص السلبي انتباه الفقه والقضاء الدستوريين اللذين بدءا ينشغلان بكيفية تصرف البرلمانات في اختصاصاتها التشريعية التي تتلقاها من الدساتير في إطار مبدأ الفصل بين السلطات وما يترتب عليه من أساليب تبنتها الدساتير لتوزيع الاختصاصات بين السلطات العامة في الدولة يجمع بينها قاسم مشترك يتمثل في إسناد الوظيفة التشريعية إلى الهيئة التشريعية التي تضم ممثلي الشعب والوظيفة التنفيذية إلى الهيئة التنفيذية والوظيفة القضائية إلى المحاكم.

وبصورة عامة، فإن تطبيق فكرة عدم الاختصاص السلبي على البرلمان يعني ضرورة قيام هذا الأخير باستنفاذ اختصاصه التشريعي على اعتبار أنه أكثر الهيئات العامة في الدولة قدرة على استجلاء جوانب المصلحة العامة. ويعني استنفاذ البرلمان لاختصاصه التشريعي ضرورة التدخل تشريعياً كلما استدعت المصلحة العامة ذلك، بحيث لا ينطوي النظام القانوني على فراغ تشريعي من أي نوع، كما يعني عدم تخلي البرلمان عن جزء من اختصاصه التشريعي للسلطة التنفيذية لا في الأوقات العادية ولا في الظروف الاستثنائية، إلا في الحالات بالشروط المنصوص عليها في دستورية الدولة.

ولكن ما هو الأساس الذي يمكن الاستناد إليه في إجبار البرلمان على ممارسة اختصاصه التشريعي بالطريقة المشار إليها؟

الواقع أن أساس ذلك هو مبدأ الإنفراد التشريعي La reserve de loi الذي يعني إنفراد البرلمان بالوظيفة التشريعية للدولة، ولهذا المبدأ حجية ، ليس فقط في مواجهة السلطات العامة الأخرى في الدولة (السلطة التنفيذية والسلطة القضائية)، ولكن أيضاً في مواجهة البرلمان ذاته؛ وحجية مبدأ الإنفراد التشريعي في مواجهة السلطة التنفيذية تعني اقتصارها على ممارسة وظيفة تنفيذ القوانين وبطلان تدخلها للتشريع في المجال المحجور للبرلمان، إلا في الحالات التي يسمح لها الدستور بذلك. وتعني حجية المبدأ في مواجهة السلطة القضائية أن المحاكم يقتصر دورها على تطبيق القوانين على النزاعات المعروضة عليها دون أن تضيف إليها أحكاما لم تذهب إليها إرادة المشرع الصريحة أو الضمنية. أما حجية مبدأ الإنفراد التشريعي في مواجهة البرلمان ذاته فتعني من ناحية بالتزامه بالتدخل تشريعياً حيث يوجب عليه الدستور ذلك، وإلا عدا ممتنعاً عن ممارسة اختصاصاته التشريعية، ومن ناحية أخري عدم تخليه عن هذه الاختصاصات لغيره من السلطات العامة الأخرى وخصوصاً السلطة التنفيذية.

والواقع أن الرأي قد استقر على إمكانية قيام القاضي الدستوري بهذا النوع من الرقابة، مما حدا ببعض الدساتير المعاصرة إلى النص صراحة على رقابة الامتناع التشريعي، إلا أننا لا نري غضاضة في عرض حجج المعارضين ثم تلك التي أبداها المؤيدون لرقابة الامتناع.

الخلاف الفقهي المتعلق بالرقابة على دستورية الامتناع التشريعي:

أشرنا فيما سبق إلى أن هذه المسألة يتنازعها في فقه القانون العام اتجاهان متعارضان: الأول، يرفض رقابة الامتناع التشريعي، أما الآخر فيقرها ولكن منهما حجته فيما يدعيه، وأن هذا الجدل قد ثار أولاً في الفقه الإيطالي ثم انتقل إلى بقية فقه القانون العام المقارن.

ونعرض فيما يلي لمعارضي ومؤيدي الرقابة على الامتناع التشريعي، وذلك في فرعين مستقلين على النحو التالي:

الفرع الأول: الاتجاه الفقهي الرافض لرقابة الامتناع التشريعي.

الفرع الثاني: الاتجاه الفقهي المؤيد لرقابة الامتناع التشريعي.

الفرع الأول: الاتجاه الفقهي الرافض لرقابة الامتناع التشريعي

ساق المعارضون في الفقه الإيطالي لخضوع امتناع المشرع لرقابة القاضي الدستوري مجموعة من الحجج تتعلق في مجموعها بنوع أو ماهية القاعدة الخاضعة للرقابة في حالة الامتناع، ثم بطبيعة العلاقة القائمة بين القاضي الدستوري من ناحية والمشرع من ناحية أخري.

فقد ذهب جانب منهم إلى أنه من الصعب أن تنصب رقابة القاضي الدستوري على امتناع المشرع عن تنظيم مسألة معينة بصورة جزئية أو بصورة كاملة، لأن ذلك يعني وقوع هذه الرقابة على قواعد غير موجودة بالفعل، كما أن إقرار هذه الرقابة يؤدي على التسليم بان يقوم القاضي الدستوري بنسبة بعض القواعد القانونية إلى المشرع في حين أن هذا الأخير لم يصدر عنه شيء أصلاً، وذلك في الحالات التي لا يكون فيها المشرع قد تدخل مطلقاً لتسوية المسألة أي في حالة الامتناع التشريعي التام.

ولا يخفي علينا تأثر من قالوا بذلك بشبح "حكومة القضاة" التي حذر منها الفرنسي "إدوار لامبير" في كتابه الذي يحمل نفس الاسم والذي وضعه في عام ١٩٢١، والتي يحذر بعض الفقه بصورة مستمرة من خطورتها كلما صدرت عن القضاء الدستوري أو الإداري أحكام قد يفهم منها تدخل القضاء في توجيه دفة العمل التشريعي للبرلمان أو العمل الإداري للسلطة التنفيذية.

وذهب جانب آخر من الفقه المعارض لرقابة الامتناع إلى أن قيام القاضي الدستوري بتفسير النص الخاضع لرقابته بصورة توحي بصدوره عن المشرع بصورة ناقصة أو غير مكتملة – وذلك في حالة الامتناع الجزئي – ناسباً بذلك إلى إرادة المشرع نصاً أو بعض نص لم يصدر عنه أصلاً، هو أمر لا يخلو من تجاوز لأنه يمثل إضافة غير مبررة للنص لم يذهب إليها المشرع الذي لو أراد إقرار حكم معين لأقره صراحة.

وفى هذا الصدد يقول أحد الفقهاء الإيطاليين أن "كل ما ليس جزءاً من النص الخاضع للرقابة، لا يمكن اعتباره قاعدة قانونية موجودة، ولا يمكن بناء على ذلك نسبته إلى المشرع" . وذهب فقيه آخر إلى القول بأنه: "لاشك في أن مجال تحرك المحكمة الدستورية يتسم بالسعة ولكن ليس باللامحدودية؛ فهي تستطيع بالتأكيد هدم ما أقامه المشرع بالمخالفة لأحكام الدستوري، ولكنها لا تستطيع إقامة ما لم يقم المشرع ذاته. كما يري بعض الفقه أن رقابة الامتناع النسبي تبدو أمراً غريباً لأ ـ من شأن ذلك إدانة ليس ما يقوله النص، ولكن ما سكت النص عن قوله.

ويبدو أن أصحاب هذا الاتجاه يستندون فيما ذهبوا إليه إلى ضرورة التطابق بين النصين texte أو ما يسميه الفقهاء الإيطاليون "الحكم" déposition من ناحية والقاعدة Norme التي يحتويها النص ويعبر عنها من ناحيه أخري؛ فالنص أو الحكم هو الوعاء الذي يحمل القاعدة، أو هو الثوب الذي تظهر فيه، أما القاعدة فهي بإختصار وعلى حد قوله "هانس كالسن" في كتابه "النظرية الخالصة للقانون" هي مدلول النص، أو مدلول العمل القانوني. وعلى ذلك فإذا غاب النص فإنه لا يتصور وجود القاعدة ويصبح من المتعذر بالتالي مراقبة القضاء الدستوري لقواعد غير موجودة.

وفي الفقه الفرنسي كان "الأستاذ" فرانسوا لوشير" أول من لفت الأنظار في فرنسا إلى إمكان اعتبار امتناع المشرع واحداً من وجوه عدم الدستورية في

إطـار الرقابـة التـي يمارسـها المجلس الدسـتوري علـى دسـتورية القـوانين فـي فرنساء وذلك وسط حالة من عدم اهتمام الفقه الفرنسي بهذه المسألة نظراً لعدم طـرح فكرة الفراغ التشريعي فـي فرنـسا بـنفس الصورة التـي طرحت بها فـي ايطاليـا وذلـك لعـدم اعتمـاد فرنـسا لأسـلوب التمثيـل النـسبي فـي الانتخابـات التشريعية علـى الأقل منذ بداية الجمهوريـة الخامسة. ومـع ذلـك بـرز فـي الفقـه الفرنـسي منـذ بدايـة التـسعينيات مـن القـرن العشرين مـن اهـتم بمـسألة عـدم الاختصاص السلبي للمشرع، وعالجوا بالتالي امتناع المشرع كأحد أهم صـور عـدم الاختـصاص الـسلبي، وكـانوا فـي معظمهـم مـن المناصـرين لفكـرة رقابـة الامتناع التشريعي كما أشرنا آنفاً وكما سوف نري بعد قليل.

غير أن جانباً آخر من الفقه الفرنسي لا يري في امتناع المشرع وجهاً من وجـوه عـدم الدسـتورية وذلـك فـي إطـار معـالجتهم لمـسألة تخلـي البرلمـان عـن ممارسة اختصاصـه التشريعي عن طريق الإفراط في تفويض هـذا الاختـصاص إلى غيره من السلطات لائحية كانت أو غير لائحية.

وفى مصر تؤكد المحكمة الدستورية دائماً على أن الرقابـة التـي تمارسـها هـي رقابـة دستورية وليست رقابـة ملاءمـة، كمـا أن المحكمـة الدسـتورية تتبنـى معياراً واسعاً بعض الشيء لفكرة السلطة التقديريـة للمشرع. وقد أدي ذلـك إلـى خلق مجال واسع من تحرك السلطـة التشريعية دون معالجة فقهية، ومنهـا مـسألة امتناع المشرع عن التدخل لتسوية بعض الموضوعات.

ومع ذلك فإن من يحاول أن يقدم تحليلاً للسلطة التقديريـة للمشرع ينبغـي عليه أن يفرق تماماً بين المجـال الحقيقي للسلطة التقديريـة للمشرع والتـي تجد مجـالات تطبيقهـا فـي حـالات خلـو الدستور مـن نـصوص تملـي علـى المشرع ضرورة التدخل بصورة معينة ، والحالات التي ينبغي فيها على المشرع التدخل نظراً لوجود نصوص ومبادئ دستورية تلزمه بصورة مباشرة أو بـصورة غيـر مباشـرة بـضرورة التدخل لتنظيم مـسائل معينـة بـصورة تحقق الهدف من هذا

التدخل. ويمكن استنادا إلى ذلك الوصول بسهولة إلى إقرار رقابة الامتناع التشريعي في القانون المصري. علاوة على ذلك فهناك من الفقهاء من استطاع التوصل – استنادا إلى تفسير بعض أحكام القضاء الدستوري المصري – إلى القول بأن المحكمة الدستورية في مصر تقوم بهذا النموذج من الرقابة بمحاذير معينة.

الفرع الثاني: الاتجاه الفقهي الغالب المناصر لرقابة الامتناع التشريعي:

يري الفقه الغالب – خصوصاً في إيطاليا – إمكانية، بل وضرورة، مراجعة القاضي الدستوري لامتناع المشرع عن التدخل لتنظيم مسائل معينة يفرض عليه الدستور ضرورة تنظيمها. وقد التزم أصحاب هذا الاتجاه بتنفيذ الحجج التي نادي بها أنصار الاتجاه المنكر لهذا النوع من الرقابة.

فمن ناحية ما قاله أصحاب الرأي المنكر لرقابة الامتناع من عدم إمكانية أن يخضع القاضي الدستوري لرقابته قواعد غير موجودة اعتمادا على ضرورة تلازم كل من النص والقاعدة، يري أصحاب الرأي المناصر لهذا النوع من الرقابة أنه لا يوجد تلازم دائم بين القاعدة والنص، ويستندون في ذلك إلى أنه توجد قواعد قانونية لا يحملها نص معين، وأبرز مثال على ذلك القاعدة العرفية والمبادئ العامة للقانون، كما قد توجد نصوص لا تحمل قواعد قانونية، ومثال ذلك العديد من النصوص التي قد تكتفي بصياغة مبادئ وأهداف عامة أو النصوص التي تحمل خطاب سياسي معين، أو يعبر واضعوها من خلالها عن حسن نواياهم.

وانطلاقا من ذلك يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن رقابة الامتناع التشريعي - خصوصاً في حالة الامتناع المطلق – ليست رقابة على قواعد غير موجودة، أو بالأحرى على "لا قواعد" ، لأن من الواجب تفسير سكوت المشرع عن تسوية مسألة معينة على أنه "قاعدة سلبية وليس "لا قاعدة" أو "قاعدة غير موجودة". والقاعدة السلبية هي التي يفهم منها اتجاه نية مصدرها

إلى وضع بعض القيود على استعمال حق معين أو رخصة معينة من جانب الأفراد، أو ترك مسألة معينة أو مجموعة من المسائل دون تنظيم رغم التزامه بالتدخل لتنظيمها من حيث المبدأ. وفي الحالتين يكون من حق القاضي الدستوري التدخل لمراقبة هذه القاعدة السلبية بالرجوع إلى أحكام الدستور التي توجب ضرورة التدخل لتنظيم مباشرة الحق أو الرخصة دون قيود، أو تسوية المسائل التي تركت دون معالجة. وسوف نري بعد قليل أن المحاكم الدستورية قد التزمت هذا الرأي عندما تدخلت لإدانة بعض حالات الامتناع التشريعي.

وعلاوة على ذلك يقدم الفقهاء الفرنسيون بعض الأدلة الأخرى على إمكانية بل وضرورة إجراء رقابة الامتناع التشريعي مستندين في ذلك إلى ما للقانون العام الفرنسي من خصوصية، وذلك في إطار تقديمهم لفوائد فكرة عدم الاختصاص السلبي ذاتها كوجه من وجوه عدم الدستورية: فمن شأن هذه الفكرة أن تؤدي من وجهة نظرهم إلى المحافظة على مبدأ تدرج القواعد القانونية الذي وضعه دستور ١٩٥٨ الذي جاء ليحدث تدرجاً حقيقياً بين تلك القواعد بعد أن عاشت فرنسا لفترات طويلة تحت تأثير البرلمان وما يصدره من تشريعات كانت بمثابة "التعبير عن الإرادة العامة للأمة"، بحيث كانت تعلو في بعض الأحيان على القواعد الدستورية ذاتها، خصوصاً في ظل عدم وجود رقابة على دستورية القوانين حتى عام ١٩٥٨، وكان من نتائج ذلك في النهاية إجبار المشرع على احترام القواعد الدستورية وعلى الالتزام بممارسة اختصاصاته التشريعية المحددة في الدستور بعد أن كان صاحب السيادة المطلقة ، حيث كان يمكنه التدخل أو عدم التدخل لممارسة هذه الاختصاصات أو تفويضها بلا حدود إلى السلطة التنفيذية رغم عدم النص في الدستور على آلية التفويض التشريعي. ويبدو أن كل ما تعرضوا من قريب أو بعيد لفكرة عدم الاختصاص السلبي في الفقه الفرنسي، قد أقروا بضرورة مراقبة الامتناع التشريعي.

وكنا قد أشرنا إلى أن فكرة السلطة التقديرية للمشرع كانت قد ألقت

بظلالها على فقه القانون العام المصري الذي لم يتعرض لامتناع المشرع كوجه من وجوه عدم الدستورية، وإن كان قد أولي عملية الإفراط في تفويض الاختصاص التشريعي اهتماما لاتقا. والإفراط في تفويض الاختصاص التشريعي يمثل إلى جانب امتناع المشرع صورة عدم الاختصاص السلبي كما هو معروف في إطار هذا البحث.

غير أن السلطة التقديرية للمشرع لا تمنع من إخضاع الامتناع التشريعي لرقابة القاضي الدستوري. ويمكننا أن نتوصل إلى ذلك من خلال قراءة سليمة لمفهوم سلطة المشرع التقديرية.

فالسلطة التقديرية للمشرع تقوم أساساً على مبدأ الفصل بين السلطات ، ومن أهم نتائج هذا المبدأ توزيع الاختصاصات بين سلطات الدولة وضمان استقلال كل منهما في ممارسة ما تضطلع به من اختصاصات عن الأخرى مع ضمان قدر معين من التعاون بينها: فالسلطة التشريعية تستقل بممارسة الوظيفة التشريعية للدولة، وتتمثل مهمة السلطة التنفيذية في تنفيذ القوانين بالمعني الشامل للمحكمة، أما السلطة القضائية فتختص بالفصل في المنازعات القضائية.

والمعروف أن الهيئة التي تمارس السلطة التشريعية وهي الهيئة التشريعية (البرلمان)، والتي تضم ممثلي الشعب، هي أقدر الهيئات في الدولة على استجلاء جوانب المصلحة العامة. وهي إذ تمارس عملية التشريع إنما تفعل ذلك واضعة نصب عينها مصلحة مجموع الأفراد كما صاغها الدستور وعبرت عنها قواعده وغيرها من المبادئ الدستورية غير المدونة في الوثيقة الدستورية، ولها في سبيل ذلك حرية التقدير والاختيار بين بدائل تشريعية عديدة كلها مشروعة ومتفقة مع الدستور نصاً وروحاً، بمعنى أنها حرة في تقدير ملاءمة التشريع من الناحية السياسية، وليس للقاضي الدستوري سلطة تذكر عليها في هذا الخصوص، لأن دائرة عمله تنحصر في إطار الشرعية الدستورية دون الملاءمة السياسية، وإذ تجاوز هذا الإطار فإنه يعد منتهكاً

لحدود مهمته في الرقابة على دستورية القوانين عملاً بمبدأ الفصل بين السلطات[1].

ومع ذلك فإن السلطة التقديرية للمشرع لا تعني إطلاق يده في عملية التشريع ذلك "أن المشرع يمارس سلطته التقديرية عند التشريع مستهدفاً تحقيق أهداف الدستور، فالسلطة التقديرية ليست حرية مطلقة، ولكنها حرية في إطار الأغراض التي يتوخاها الدستور، وإلا تحولت إلى نوع من التحكم الذي يخضع للرقابة . فإذا انحرفت السلطة التشريعية عن الأهداف التي يتوخاها الدستور، وقعت أعمالها التشريعية تحت طائلة الرقابة والذي يخرج عن نطاق الرقابة هو تقدير الملاءمة لاختيار بديل بين عدة بدائل تتفق مع أهداف الدستور".[2]

وإذا كان موضوع تنظيم الحقوق والحريات هو أكثر الموضوعات اتصالاً بالسلطة التقديرية للمشرع، فقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن المشرع – في هذا الخصوص – ليس حراً تماماً بل يظل مقيداً بالضوابط التي يفرضها الدستور.

ففي حكمها الصادر في القضية رقم ١٣١ لسنة ٦ قضائية، تقول المحكمة الدستورية العليا بأن "الأصل في سلطة التشريع عند تنظيم الحقوق أنها سلطة

---

(١) لمزيد من التفاصيل حول موضوع السلطة التقديرية للمشرع، راجع على وجه الخصوص:-

- دكتور سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ١٩٨٤، المرجع السابق ص ٣٠ وما بعدها – دكتور عادل عمر شريف، قضاء الدستورية ، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨ ، ص ٣٥٦ وما بعدها.
- دكتور حنفي علي جبالي ، المسئولية عن القوانين، رسالة دكتوراة جامعة عين شمس، ١٩٧٨، ص ٤٦.. وبما بعدها.
- دكتور سامي جمال الدين، القضاء الدستوري والشريعة الدستورية ، طبع بمعرفة المؤلف، ٢٠٠١ ص ٣٧٥ ، وما بعدها.
- د. عبدالمنعم إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، رسالة دكتوراة، جامعة المنوفية، ٢٠٠١ ، ص ١٣٦ وما بعدها.

(٢) دكتور أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية.. المرجع السابق، ص ٢٧٠ – ٢٧١.

تقديرية ما لم يقيدها الدستور بقيود محددة، وأن الرقابة على دستورية القوانين لا تمتد إلى ملاءمة إصدارها، إلا أن هذا لا يعني إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور(١).

وفى حكمها الصادر في القضية رقم ٣٧ لسنة ٨ قضائية تقول المحكمة الدستورية العليا بأن "الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنها سلطة تقديرية ما لم يقيدها المشرع بضوابط معينة تحد من إطلاقها وترسم بالتالي حدوداً لممارستها لا يجوز تخطيها، وكان الدستور إذ يعهد إلى السلطة التشريعية تنظيم موضوع معين، فإن تشريعاتها في هذا الإطار لا يجوز أن تنال من الحق محل الحماية الدستورية، وذلك باقتحامها – بالنقض أو الانتقاص – المنطقة التي اعتبرها الدستور مجالاً حيوياً لهذا الحق لضمان فعاليته".(٢)

وفى حكمها الصادر في القضية رقم ٣٤ لسنة ١٣ قضائية تقول المحكمة الدستورية العليا كذلك: "إن موضوع تنظيم الحقوق وإن كان يدخل في نطاق السلطة التقديرية التي يمارسها المشرع وفق أسس موضوعية ولاعتبارات يقتضيها الصالح العام، إلا أن هذا التنظيم يكون مجانباً أحكام الدستور منافياً لمقاصده إذا تعرض للحقوق التي تناولها سواء بإهدارها أو بالانتقاص منها"(٣).

وهكذا ، فإذا كان المشرع يظل مقيداً بأحكام الدستور في المجال الخصب لإعمال سلطته التقديرية، وهو مجال تنظيم الحقوق، فلا شك أن درجة تقيده بأحكام ومبادئ الدستور في غير هذا الموضوع لابد وأن تكون أشد ، خصوصاً

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ١٦ مايو ١٩٨٧ في القضية رقم ١٣١ لسنة ٦ قضائية "دستورية".

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٤ يناير ١٩٩٢ في القضية رقم ٢٧ لسنة ٨ قضائية "دستورية" مجموعة أحكام المحكمة ، الجزء الخامس، المجلد الأول، ص ١١٦.

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٢٠ يناير ١٩٩٤ في القضية رقم ٣٤ لسنة ١٣ قضائية "دستورية"، مجموعة أحكام المحكمة، الجزء السادس، ص ٣٠٢.

بالنسبة للأحكام الدستورية التي تلقي على عاتقه التزامات صريحة لا لبس فيها لدرجة القول بانعدام سلطته التقديرية بشأنها، ومن ذلك التزامه بضرورة ممارسة اختصاصه بالتشريع بنفسه وعلى الوجه المبين بالدستور؛ فإذا سلمنا بأن "المشرع ليس مالكاً لاختصاصه التشريعي"، وإنما يتلقى من الدستور بغرض ممارسته فعلياً وعلى الوجه الأكمل تحقيقاً للمصلحة العامة، فليس من المصلحة العامة في شيء أن يتنازل المشرع عن هذا الاختصاص أو جزء منه لكي تمارسه سلطة أخرى بدلاً منه، أو يمتنع عن ممارسته إما بصورة جزئية تتمثل في إصدار قوانين قاصرة لا تقوى على تنظيم موضوعاتها بالشكل المطلوب، أو بصورة تامة تتمثل في ترك مسائل بدون تنظيم تشريعي لفترة زمنية طويلة، بحيث يترتب على ذلك فراغ تشريعي يضر بالمصلحة العامة. إن المشرع إن فعل ذلك يكون قد أنكر اختصاصه التشريعي، تماماً كالقاضي الذي يتنصل من الفصل في النزاع المعروض عليه، ويكون ذلك قد أنكر العدالة[1].

وقد ذهب أحد كبار الفقهاء في شرحه لتطورات هذه الفكرة إلى:-

"لا تمثل الرقابة على عدم الاختصاص الإيجابي للمشرع ثمة تدخل في السلطة التقديرية له إذ أنه لا سلطة تقديرية في الاختصاص المحدد بنص الدستور وإنما يتمثل التوسع في رقابة السلطة التقديرية تطرق القاضي الدستوري إلى نطاق عدم الاختصاص السلبي للمشرع حيث أن القاضي الدستوري يقوم بإنشاء مبدأ عام أو تتويجاً لفهمه وتفسيره لنصوص الدستور بإلزام المشرع بألا يقف سلبياً في بعض الحالات التي يري القاضي وجوب تدخله منها.

ففي فرنسا يفحص المجلس الدستوري ما إذا كان المشرع قد ذهب بعيداً عن اختصاصه، وذلك بإقرار قواعد تدخل في اختصاص سلطة أخري. وهذه السلطة الأخرى قد تكون السلطة التأسيسية، أو المشرع الأساسي العادي أو المالي، أو السلطة التنفيذية، أو السلطة اللائحية.

---

(١) ماجاء بالمتن نقلاً عن د. عيد أحمد الغفلول فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع دراسة مقارنة دار الفكر العربي ص ١٢٠ وما بعدها.

- فقد يتدخل البرلمان في اختصاص لا يقرره إلا الدستور. ويقدم حكم المجلس الدستوري في ١٧ يناير ٢٠٠٢ تطبيقاً فريداً لهذه الحالة. فقد قضي بعدم دستورية النص الوارد في المادة الأولي من القانون الخاص بإقليم La corse والذي يسمح للمشرع بأن يمنح مجلس الإقليم إمكانية اللجوء إلى إجراءات تجريبية تتضمن، عند الاقتضاء، خروجاً على القواعد النافذة، على أن يتخذ البرلمان في وقت لاحق النصوص التشريعية المناسبة".

وقد قرر المجلس الدستوري عدم دستورية هذا النص، استنادا إلى أن المشرع قد تدخل في مجال محجوز للسلطة التأسيسية. وإيضاحا لذلك ، فإن المجلس يري أن السماح للوحدة الإقليمية بوضع قواعد قانونية غير جائز، لأن الدستور لم يعهد بهذه السلطة إلا إلى البرلمان، ومن ثم فإنه لا يجوز للمشرع أن يفوض اختصاصه في حالة غير واردة في الدستور".

ويخلص المجلس من ذلك أن القانون المحال إليه قد تدخل في مجال يدخل في اختصاص الدستور.

وقد انتقد الأستاذ Rousseau هذا الحكم بشدة، ويري أن المجلس قد أختزل القضية كلها في عيب عدم الاختصاص. فالأمر في القضية لم يكن التفويض، والنص لا يتضمن نقلاً لاختصاص المشرع إلى مجلس الإقليم، لأن سلطة التجريب لا يمكن تطبيقها إلا بالنسبة لاختصاصات الوحدة الإقليمية، بل إن النص لا يعطي سلطة الإقليم سلطة التشريع، لأن البرلمان يظل مسيطراً على الموضوع بأكمله، فهو الذي يوافق على القانون الذي يسمح لمجلس الإقليم باتخاذ إجراءات يمكن أن تخالف القواعد النافذة، كما أنه هو الذي يحدد طبيعة الإجراءات التجريبية، ونطاقها، وحالاتها، ومدتها، وهو الذي يمكنه أن يضع نهاية لها في أي وقت لها، كما أن الإجراءات التي يتخذها مجلس الإقليم تتوقف عن إحداث آثارها في نهاية المدة المحددة بواسطة البرلمان، إذا لم يقم الأخير

بإقرارها في قانون جديد. وعلى ذلك، فإن مجلس الإقليم لا يتمتع بسلطة تشريعية مستقلة، وإنما يمارس اختصاصا على سبيل التجريب محاطاً ومنظماً بقواعد دقيقة، بل إن المجلس الدستوري قد سبق أن أقر دستورية التجريب من حيث المبدأ.

وقد يتدخل المشرع العادي في اختصاص المشرع الأساسي العادي . من ذلك ما قرره المجلس الدستوري من أن القواعد الخاصة بعدم جواز الجمع للأعضاء المنتخبين في أقاليم ما وراء البحار هي قواعد أساسية في تنظيم وأداء المؤسسات الخاصة بهذه الأقاليم، وأنه بصفتها تلك ، فإنها تدخل في اختصاص المشرع الأساسي. وبناء على ذلك، قضي المجلس عدم دستورية النص التشريعي الذي يقرر عدم جواز الجمع بين وظائف أعضاء الحكومة في هذه الأقاليم مع وظائف العمد ورؤساء مجالس الأقاليم.

وقد يتدخل التشريع العادي في مجال يدخل في اختصاص القانون الأساسي للميزانية. القاعدة أن القانون الأساسي لقوانين الميزانية هو الذي يحدد المضمون الملزم لقوانين الميزانية، وليس للمشرع العادي أن يحدد هذا المضمون. وعلى ذلك، قضي المجلس بعدم دستورية النص الذي تضمنه تشريع عادي، بشأن الصيد، ويفرض على قوانين الميزانية أن تحد قيمة وشروط تحصيل الإتاوة الخاصة بالصيد. كما قضي أيضاً بعدم دستورية النص الوارد في قانون الاتصالات ويفرض على قانون الميزانية أن يدرج سنوياً مبلغاً بشرط أن يكون مساوياً لقيمة إعفاءات الإتاوة الخاصة بالأجهزة المسموعة والمرئية.

وقد يتدخل قانون الميزانية في المجال المحجوز للقانون الأساسي لقوانين الميزانية. من ذلك ما قضي به المجلس من أنه وفقاً للمادة ٤٧ من الدستور، فإن القانون الأساسي لقوانين الميزانية هي الذي يحدد طبيعة ومضمون الوثائق المرفقة بقوانين الميزانية، وإذ تضمن قانون الميزانية لعام ٢٠٠٤ نصاً بشأن

طريقة عرض النفقات الضريبية الملحقة بقانون الميزانية، فإنه يكون مخالفاً أحكام القانون الأساسي لقوانين الميزانية الصادر في أول أغسطس ٢٠٠١ الذي يحدد في المادة ٥١ مضمون الوثائق والمعلومات التي تلحق بمشروع قانون الميزانية السنوي.

وقد يتدخل التشريع الأساسي في اختصاص التشريع العادي. وفي هذه الحالة، فإن المجلس الدستوري لا يقرر عدم دستورية النص الوارد في التشريع الأساسي؛ ويقتصر دوره على رفع وصف القاعدة الأساسية déclassement وإعادة وصفها بأنها قاعدة تشريعية عادية reclassement. وتطبيقاً لذلك، فإن النص الذي يعهد بتنظيم نشاط وإدارات قضاء الجوار لقاضي مسئول بالمحكمة الابتدائية، ليس له وصف تشريع أساسي؛ غير أنه ليس من شأن ذلك القضاء بعدم دستوريته، وإنما يعاد تصنيفه في قائمة النصوص التي لها فقط قيمة النصوص التشريعية العادية.

وقد يتدخل المشرع في اختصاص مقرر للسلطة التنفيذية خصوصاً رئيس الجمهورية. ومن ذلك، ما قضي به المجلس من عدم دستورية المادة ١٥٤ من قانون الميزانية لعام ٢٠٠٢ التي تضمنت إنشاء لجنة تختص بفحص متابعة استخدام الإعتمادات المدرجة في الفصل الخاص "بالصناديق الخاصة" لميزانية الإدارات العامة التابعة لرئيس الوزراء؛ مع تخويل هذه اللجنة عدة سلطات من أجل تمكينها من أداء مهمتها مثل: تلقي المعلومات عن حالة النفقات المرتبطة بعمليات أثناء تنفيذها؛ وإجراء جميع التحريات والتحقيقات من أجل الرقابة على الوقائع التي ترد في الوثائق. وقد استند المجلس إلى أن للبرلمان أن يصرح بإعلان الحرب، وإقرار الإعتمادات الضرورية للدفاع القومي، ومراقبة استخدامها، لكن ليس له أن يتدخل في تنفيذ عمليات جارية، أي أن البرلمان قد تجاوز اختصاصه في الموضوعات العسكرية التي يستمدها من المادة ٣٤؛ وذلك بالإعتداء على اختصاصات رئيس الجمهورية بشأن الأعمال الخاصة بالدفاع القومي.

وأخيراً قد يتدخل المشرع في اختصاص السلطة اللائحية. ويبحث المجلس ما إذا كان قد تحقق هذا الاعتداء أم لا . واستنادا إلى ذلك قرر أن إنشاء مؤسسة عامة جديدة مخصصة للآثار ووصفها بأنها مؤسسة إدارية فإن المشرع لا يكون قد تدخل في اختصاص السلطة اللائحية نظراً لأن هذه المؤسسة تشكل بذاتها طائفة من مؤسسات عامة دون نظير مع طوائف المؤسسات العامة القائمة؛ ومن ثم فإن تحديد القواعد الخاصة بها يكون من اختصاص القانون[1].

(١) د. محمد عبداللطيف تطورات الرقابة الدستورية في فرنسا – المرجع السابق ص ٤٧.

الفصل الرابع
فكرة التصحيح التشريعي

أوضح أحد كبار الفقهاء(١) والمتابعين لتطورات قضاء القانون العام في فرنسا أن اتجاهات القضاء الدستوري الفرنسي والمصري تتطور صوب توجيه الرقابة على مسلك المشرع في التصحيح التشريعي وهو جانب يدخل في السلطة التقديرية للمشرع ويتعلق في جانب منه بالملائمة في اللجوء إلى هذا الأسلوب.

فما هو المقصود باصطلاح "التصحيح التشريعي"

لعل أول من قدم تعريفاً لهذا الاصطلاح هو الأستاذ LESAGE فمن وجهة نظره أنه يمكن تعريف التصحيح التشريعي بأنه عملية يقصد المشرع بها منع القاضي من إلغاء قرار بسبب عيب معين أو لأي سبب آخر، أو أنه عملية يجعل المشرع بموجبها من جديد قراراً سارياً، وذلك بإعادة إدخاله في النظام القانوني، بعد إلغاء القرار أو تجريده من فاعليته.

ويري الأستاذ AUBY أن التصحيح التشريعي يفترض تدخل عمل تشريعي صدر بعد قرار أو عدة قرارات إدارية ويقرر سريان هذه القرارات أو بعض من آثارها، ويكون موضوعه ومن نتيجته منع الرقابة القضائية والإدارية على سلامة هذه القرارات، أو إزالة نتائج هذه الرقابة إذا كانت قد تمت.

ومن الواضح أن التعريف الأول يبرز أساساً "آثار" التصحيح، أما التعريف الثاني فهو يشمل "مضمون" التصحيح إلى جانب آثاره في نفس الوقت، والذي لا نري إجراء أي تعديل فيه إلا من حيث أن تدخل المشرع لا يشترط فيه حتماً أن يكون لاحقاً للقرار ، فقد يريد التصحيح على قرار لم يصدر بعد.

---

(١) د. محمد عبداللطيف التصحيح التشريعي ١٩٩١ دار النهضة العربية وتطورات القضاء الدستوري في فرنسا في خمس سنوات ٢٠٠٥ دار النهضة العربية.

ويتميز التصحيح التشريعي بالأثر الرجعي، وأنه لا يطهر القرار من العيب الذي يشوبه.

الأثر الرجعي للتصحيح التشريعي:

ينظر إلى التصحيح على أنه بمثابة "إجازة" Confirmation من المشرع لنصوص القرار غير المشروع. وقد أشار بعض الفقه إلى أن هذا المعني حين قرر أن التصحيح التشريعي هو تأكيد المشرع على سريان القرار كما ظهر هذا المعني في بعض التقارير المتعلقة بقوانين التصحيح في فرنسا، بل أن المشرع نفسه قد استخدامه أحياناً ولجأ إليه مجلس الدولة في أحد أحكامه.

وأجازه المشرع للنصوص الواردة في القرار لها بالضرورة أثراً رجعياً يرتد إلى تاريخ صدور القرار، الذي يظل سارياً منذ هذا التاريخ وحتى بعد تدخل المشرع، إذ ليس منطقياً أن يكون للقرار فترات لسريان وأخري لعدم السريان، أو فترات يكون فيها قابلاً للتطبيق وأخري غير قابل للتطبيق.

والقضاء في فرنسا ومصر مستقر على فكرة الأثر الرجعي.

ففي فرنسا ، يقرر مجلس الدولة أنه بالنظر إلى موضوع قانون التصحيح، فإن هذا القانون يتضمن أثراً رجعياً:

ومن المسلم أن التصحيح يتضمن أثراً رجعياً حتى ولو كان ضمنياً فتقييد الرقابة القضائية – وهو موضوع التصحيح – ليس فقط للمستقبل ولكن أيضاً للماضي أي تطبيق على الآثار التي أحدثها القرار منذ سريانه . ويقرر مفوض الحكومة أن للتصحيح – على غرار حكم الإلغاء – أثراً رجعياً، فالموظف الذي ألغي القاضي قرار تعيينه، ثم تدخل المشرع بتصحيح قرار التعيين، لا يَعتبر في يوم من الأيام أنه أبعد من وظيفته ولهذا فإنه يستحق تعويضا عن الأضرار التي أصابته بسبب أبعاده عن وظيفته وفقاً لنفس الأوضاع الخاصة بالموظف الذي ألغي قرار فصله.

ففكرة الأثر الرجعي هي عنصر أساسي للتصحيح في نظر مجلس الدولة الفرنسي، بل أنه يقرر هذا الأثر حتى إذا لم يتضمن القانون إشارة صريحة بهذا المعني وليس هناك استثناء يرد على هذه القاعدة إلا إذا ورد في نص القانون أو تضمنت الأعمال التحضيرية ما يفيد عكس ذلك.

وفى مصر، أكدت المحكمة الإدارية العليا على فكرة الأثر الرجعي لقانون التصحيح ، فهي تقرر: لا حجة فيما استند إليه الحكم المطعون فيه من أن القرار بقانون ١٩٥٩/١١٨ لم يتضمن نصاً على الأثر الرجعي حتى ينسحب حكمه على موظفين تم نقلهم في أول أغسطس ١٩٥٢، لأن صيغة القانون المذكور قاطعه في تنظيم وضع حاصل في الماضي، فهو رجعي الأثر حكم طبائع الأشياء، والعبرة في دلالة المفاهيم والتشريعية بالمعاني لا بألفاظ والمعاني، والقول بأن التشريع حال الأثر – فضلاً عن منافاته لخصائص القانون من وجهة جواز انسحابه على الماضي – هو تحكم صرف يأباه منطق التعديل الذي أراد أن يحدثه الشارع، كما تأباه أصول التفسير القويم إذ ليس من المستساغ أن يصدر تشريع بجواز حساب أقدمية سابقة لموظفين تم نقلهم في الماضي إلى وزارة الأوقاف بعد مفارقتهم ديواناً زال وجوده بتبعيته لوزارة الأوقاف، إلا أن يكون رجعياً بالبداهة والقول بغير ذلك يهدر مقصود التشريع ويفوت حكمته[1].

ومن الواضح تماماً أن الحكم المتقدم يكرس الأثر الرجعي لقانون التصحيح ويذهب إلا أنهما متلازمين حتى ولو لم يرد نص صريح بذلك، لأن رجعية التصحيح أحدي خصائصه الأساسية التي لا يستقيم بدونها.

ولا ينال من الأثر الرجعي لقانون التصحيح أن ينص على أن يعمل به من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية، لأن منر هذا النص لا يترتب عليه محو

---

(١) م.أ.ع، ٩ ديسمبر ١٩٦١، س ٧ ، ص ٧٨.

الأثـر الرجعـي للأحكـام التـي يتـضمنها خـصوصـاً إذا تـضمنت هـذه الأحكـام تصحيح قرارات غير مشروعة بسبب تضمنها أثراً رجعياً وبناء على ذلك رأت هيئـة المفوضين بالمحكمـة الدستورية العليـا أن القانون رقم ١٩٨٦/٩ يتضمن أثراً رجعياً فيما تضمنه من تصحيح التسويات التي تمت طبقاً لقرارات مجلس إدارة هيئة قناة السويس وأنه لا يؤثر في هذه الرجعية النص في القانون على العمل به من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية.

غير أن بعض الفقه الفرنسي رأي أن الأدق أن يقال أن للتصحيح أثـراً "تقريرياً" Déclaratif أي كاشـفاً، ولـيس أثـرا "رجعيـاً" Retroactif ويشرح وجهة نظره قائلاً أن "الرجعية" تفترض أن واقعة قانونية تحققت في تاريخ معين قد حدثت في تاريخ سابق، أما "التقريرية" فهي تتعلق بأعمال يكون هدفها ملاحظة مركز قانوني سابق، وأن تدخل المشرع بالتصحيح ليس من شأنه خلق قاعدة قانونيـة جديـدة أو تعديل فـي شروط تطبيقهـا، وذلـك خلافـاً للنـصوص التشريعية التي تعطي أثراً رجعياً لمرسوم إن "الأثر التقريري" هو الذي يبرر أن التصحيح لا يؤدي إلى إزالة عدم المشروعية بأثر رجعي، ولكن فقط عدم إمكانية المنازعة في تطبيق القرار.

ولا يبدو لنا صحة هذا التحليل فمن الناحية المجردة، فإن التمييز بين فكرة "الأثر الرجعي" "والأثر التقريري" صحيح على النحو الذي ذهب إليه الـرأي المتقدم غيـر أن التـصحيح يتميـز بـالأثر الرجعـي ولـيس فقـط الأثـر التقريري، وإلا كان مؤدي ذلك أن ليس للتصحيح أية إضافة للنظام القانوني القائم ، فموضوع التصحيح ليس فقط هو التأكيد على سريان القرار، وإنما منع تحريك الرقابة القضائية أو تجريدها من آثارها وهذه \هي الإضافة التي يحدثها التصحيح، لأنها لم تكن موجودة من قبل، ولذلك فهي ترتد إلى الماضي منذ دخول القرار دائرة النفاذ، فالأثر الرجعي وليس الأثر التقريري هو احدث الخصائص المميزة للتصحيح التشريعي، خلافاً للتصحيح الإداري. وتبدو الإضافة التي يحدثها التصحيح التشريعي في النظام القانوني في حالة إلغاء

القرار، فالتصحيح يعيد إلى الوجود هذا القرار وبأثر رجعي بعد أن مضي عليه حين من الدهر لم يكن شيئاً مذكوراً.

التصحيح التشريعي لا يؤدي إلى تطهير القرار

إذ كان من شأن التصحيح التأثير على الرقابة القضائية على القرار، إلا أنه لا يمتد أبعد من ذلك، إذ لا يؤدي على وجه أخص إلى تطهير القرار من العيب الذي يشوبه منذ البداية.

فالتصحيح التشريعي لا يعني في حقيقة الأمر إلا أن القرار يجب أن يطبق منذ البداية بالرغم من عدم مشروعيته أو الغائه". وهذا ما يميز التصحيح التشريعي عن التصحيح الإداري الذي يؤدي إلى تطهير المركز غير المشروع الذي تولد عن القرار. إن دور المشرع يقتصر فقط على مجرد خلق السند القانوني لتطبيق القرار دون إزالة سبب عدم المشروعية الذي كان سيؤدي حتماً إلى إلغائه، بل ربما تكون قد أدت إلى إلغائه من قبل. ويشرح LESAGE فكرة التصحيح التشريعي، بأن المشرع لا يبحث جعل القرار مشروعاً وفقاً للقوانين التي كانت سائدة وقت صدوره، أو تلك التي يفترض أنها كانت قائمة آنذاك بل يقتصر دور المشرع على مجرد التقرير بسريان القرار، أي بانتمائه إلى النظام القانوني، وأنه يجب بالتالي أن يطبق ويتحلل التصحيح التشريعي في نظر LESAGE إلى أمر من المشرع يخاطب المحاكم والمتقاضين، خصوصاً إذا تم قبل أن يفصل القاضي في النزاع، وهذا الأمر في حقيقته ليس إلا حظراً بإلغاء القرار، وهذا الحظر تختلف أهميته بحسب ما إذا كان المشرع قد أراد الحيلولة دون إلغاء القرار لسبب معين أو لأي سبب.

الخلاصة ، أن ليس للتصحيح أي أثر على "تطهير" القرار من العيب الذي يشوبه، وإنما يؤدي إلى "تحصين" القرار بتعديل نظامه القضائي.

ومؤدي ما تقدم أن اصطلاح "التصحيح" ليس دقيقاً إلا أنه هو المستخدم في القانون الفرنسي فقهاً وقضاءاً وتشريعاً، كما أنه مستخدم أيضاً في مصر،

حيث يلجأ المشرع في قوانين التصحيح إلى عبارة "يعتبر صحيحاً القرار "، كما يستخدم الفقه المصري اصطلاح التصحيح كمقابل للاصطلاح الفرنسي Validation. (١)

مجال التصحيح التشريعي.

من أهم مجالات التصحيح التشريعي الوظيفة العامة، القانون الضريبي، والتخطيط العمراني.

الوظيفة العامة: تمثل الوظيفة العامة "المجال المختار" للتصحيح، حتى أن البعض يقرر أن ثلثي قوانين التصحيح تدخل في مجال الوظيفة العامة. ويهدف التصحيح غالباً إلى تجنب الآثار السلبية (الفعلية لإلغاء القرار الإداري إذ يترتب على هذا الإلغاء إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل صدور القرار الملغي. غير أنه مهما يكن من ضرورة ذلك قانوناً، إلا أنه لا يجوز التهوين من حجم الصعوبات التي تعترض هذا التنفيذ "فعلاً" ، فالزمن لا يعود إلى الوراء، وأحياناً من الصعب بل ومن المستحيل عدم الأخذ في الاعتبار الأوضاع والأحداث التي ترتب على القرار غير المشرع في الفترة ما بين إصداره وإلغائه من القاضي ، وحتى لا تجد الإدارة نفسها غارقة في مشكلات يتعذر حلها لتنفيذ الحكم، فإنها تفضل اللجوء للمشرع طلباً للغوث وأملاً في العون حتى يعود القرار مرة أخري إلى النظام القانوني.

ومن تطبيقات ذلك في مصر القانون ١٩٤٨/٧٥ بشأن تصحيح بعض قرارات التعيين في الوظائف العامة، والقانون ١٩٥٩/١١٨ بشأن تصحيح قرارات نقل موظفي ديوان الأوقاف الملكية إلى وزارة الأوقاف، والقانون رقم ٨٦ /١٩٥١ بتصحيح القرارات الصادرة من مجلس الوزراء التي تضمنت احتساب مدة الخدمة لبعض العاملين في المعاش بالمخالفة لأحكام القوانين السابقة.

---

(١) د. عبدالمنعم عبدالعظيم جيرة، أثر حكم الإلغاء، ص ٥٩١، د. حسني سعد عبدالواحد، تنفيذ الأحكام الإدارية رسالة ، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٤١٧.

ومن أهم التطبيقات في فرنسا تصحيح قرارات التعيين الناشئة عن مسابقات يتم إلغاؤها من القاضي الإداري، وتصحيح هذا النوع من القرارات يتزايد في الفترة الأخيرة.

القانون الضريبي: قد يكون موضوع التصحيح هو بعض الإجراءات الضريبية التي تفرض رسوماً على خلاف حكم القانون، وذلك حتى تتجنب الحكومة رد المبالغ التي قامت بجبايتها إلى الممولين. ومن تطبيقات ذلك قانون ٧ يوليو ١٩٧٧. ولكن تلجأ الحكومة في فرنسا أحياناً إلى إدخال نصوص في قانون الميزانية يتضمن تصحيحاً لقرارات ليست لها طبيعة مالية.

التخطيط العمراني: التطبيقات ليست كثيرة في هذا المجال وإن كانت لا تنعدم، ومن أبرزها تصحيح قرار تقرير المنفعة العامة لبعض الأشغال العامة (أمر ٧ يناير ١٩٥٩) وتصحيح وثائق التخطيط العمراني واستغلال التربة (قانون ٢٢ يوليو ١٩٨٣).

ولم يلجأ المشرع إلى التصحيح التشريعي في مجال الحقوق والحريات العامة. ففي مصر، رفض قسم التشريع بمجلس الدولة مشروع قانون بتصحيح قرارات فرض الحراسة على الأشخاص الطبيعيين استنادا للقانون ١٩٥٨/١٦٢. وفي فرنسا أيضاً لم يلجأ المشرع إلى التصحيح بالمعنى الدقيق في مجال الحريات العامة، خلافاً لما يؤكده بعض الفقه.

تبرير وأساس التصحيح التشريعي:-

أعرب Lesage في نهاية رسالته عن أمله في ألا تلجأ الحكومة إلى المشرع مستقبلاً لتعطيل آثار الأحكام القضائية التي لا تروق لها. غير أن هذه الأمنية ذهبت أدراج الرياح، فقد استمر التصحيح التشريعي في فرنسا يمثل ظاهرة لا تخطئها عين الباحث، بل أنه ليس مبالغاً القول أن اللجوء إلى

التصحيح التشريعي يزداد الآن عما مضي، وأصبح جزءاً من التقاليد البرلمانية. ويذكر الأستاذ Dran أنه على الرغم من أن الأعمال التحضيرية لقوانين التصحيح لا يفوتها أن تذكر باستمرار بالطبيعة الاستثنائية لهذا الإجراء، إلا أن الواقع يهدف بغير ذلك، إذ بلغ عدد قوانين التصحيح في الفترة من ١٩٤٧ إلى ١٩٦٥ ست وأربعين قانوناً. ولم يتوقف شلال التصحيح التشريعي بعد الجمهورية الخامسة، بل أنه ضاعف من قوته، فلا تكاد تضمي دورة برلمانية دون أن يحال إلى البرلمان – على الأقل – مشروع بقانون يتضمن تصحيحاً تشريعياً.

وفى مصر لم يلجأ المشرع إلى التصحيح التشريعي كثيراً. غير أن ذلك لا يجب أن يولد في أنفسنا أحساساً بالزهو أو الفخار، فقد استعاض المشرع بالتصحيح التشريعي أسلوباً آخر ولفترة طويلة من الزمن – يتمثل في تقرير عدم جواز الطعن بأي طريق من طرق الطعن في كثير من القرارات الإدارية(١).

غير أن لجوء المشرع إلى أسلوب يتضمن تدخلاً في سير العدالة يفرض البحث عن مبررات هذا الأسلوب وبيان أساسه القانوني.

التصحيح التشريعي وسيلة للمحافظة على المراكز القانونية المكتسبة:

كثيراً ما تجد الإدارة نفسها في مأزق قانوني لا تستطيع بمفردها الخروج منه وهي لذلك تسعي تطلب تدخل من المشرع، فهذا التدخل وحده هو الذي يستطيع إخراج الحكومة من هذا المأزق. وكثيراً ما ينشأ هذا المأزق في مجال الوظيفة العامة، وذلك بسبب إلغاء قرارات التعيين أو المسابقات أو تحسّباً من إلغائها. فإلغاء مجموعة كبيرة من هذه القرارات يحدث تأثيراً سلبياً بالنسبة للموظفين أنفسهم وللمرفق الذي ينتمون إليه.

---

(١) راجع موقف المحكمة الدستورية العليا من هذه القوانين، لاحقا ص ٢٢٨.

وعلى سبيل المثال، كيف يمكن تصور النتائج التي تترتب على إلغاء مسابقة بسبب لا يد للمرشحين فيه؟ أن مؤدي إلغاء هذه المسابقة أن تعيين المرشحين، مهما كان هدا العدد كبيراً، يغدو فاقداً للسند القانوني، الأمر الذي يمكن أن يؤدي إلى إلغائه أيضاً، الأمر الذي يترتب عليه ضرورة تقدم هؤلاء المرشحين من جديد للمسابقة التي اجتازوها منذ عدة سنوات.

إن مثل هذا الموقف يتطلب تدخلاً من المشرع لسببين: لأن الموظفين في مثل هذا الفرض سيتحملون ضرراً بالغاً بإلغاء قرارات تعيينهم أو قرارات المسابقة، وذلك بسبب خطأ الإدارة ذاتها وليس خطئهم، كما أن من شأن إلغاء هذه القرارات إحداث ضرر بالغ أيضاً بالمرفق العام نتيجة خلو الوظائف الذي يسببه إلغاء هذه القرارات.

إن المشرع حين يتدخل يهدف إلى حماية المركز القانوني للموظفين، وهو مركز جدير بالحماية، وهذه الحماية تتفق مع اعتبارات العدالة، وقد انعكست هذه الاعتبارات على آراء أعضاء البرلمان والحكومة في فرنسا. ففي عام ١٩٦٧ بمناسبة الموافقة على قانون تعديل الميزانية، أورد وزير الدولة للاقتصاد "يجب علينا أن نكون واقعيين أكثر من قانونيين وذلك لعدم إهدار مراكز مكتسبة" وفى عام ١٩٨٢ ذكر وزير الزراعة "حين لا يختلط القانون بالعدالة، فلا يوجد على الأرجح حلاً آخر غير أن نطلب من البرلمان ان يأخذ في الاعتبارات العدالة أكثر من القانون بل ومن الملاحظ أن البرلمان – عبر لسان مقرر به – يؤكد على ضرورة التصحيح رعاية لهذه المراكز المكتسبة "لا يجوز للمشرع أن يتخذ موقف اللامبالاة بشأن أوضاع إنسانية لا تجد حلاً قانونياً بدون تدخله.

وقد لا يتعلق الأمر "بالموظفين" ولكن بإدارة شئونهم، فتجد الإدارة نفسها مضطرة للجوء إلى التصحيح التشريعي للخروج من مأزق أو محاولة تجنبه بعد صدور حكم بالإلغاء ومن أبرز التطبيقات قانون ٢٥ يوليو ١٩٨٠ وقانون ٢٥ يوليو ١٩٨٥.

قانون ٢٥ يوليو ١٩٨٠:

أصدر وزير الجامعات مرسوماً في عام ١٩٧٧ بإنشاء اللجنة المركزية الفنية المشتركة للعاملين بالتعليم العالي، وقد صدر هذا المرسوم بعد موافقة من الجمعية العمومية لمجلس الدولة. وقد مارست اللجنة وظائفها، وبموجبها أعطت آراء بشأن عديد من النصوص القانونية التي تتعلق بإصلاح مركز العاملين في التعليم العالي غير أن مجلس الدولة ألغي هذا المرسوم في عام ١٩٨٠، كان من شأن هذا الحكم أن يهدد "بسقوط" كافة المراسيم التي تتضمن إصلاحاً لمركز العاملين بالتعليم العالي، وكذلك كافة القرارات الفردية أو المشتركة الصادرة تنفيذاً لهذه المراسيم وتجنباً للوقوع في هذا المأزق وافق البرلمان على نص يقضي بتصحيح المراسيم التي صدرت استنادا إلى رأي اللجنة الفنية المشتركة وكذلك كافة القرارات اللائحية وغير اللائحية الصادرة استناداً إلى هذه المراسيم.

قانون ٢٥ يوليو ١٩٨٥:

أصدر مجلس الدولة ثلاثة أحكام بشأن إلغاء عدد من القرارات اللائحية التي تمت وفقاً لها انتخابات كل من المجلس الأعلى المؤقت للجامعات والمجلس الأعلى للجامعات. ومن شأن هذا الإلغاء أن يجعل الانتخابات ذاتها غير مشروعة وكذلك كافة الآراء التي أصدرها، وكافة القرارات الصادرة استنادا إلى هذه الآراء.

وحتى يمكن تجنب هذه السلسلة من عدم المشروعية فقد تقدمت الحكومة بمشروع قانون للتصحيح.

ولم يكن جائزاً تصحيح النصوص الملغاة لأن ذلك غير دستوري، وفقاً لحكم المجلس الدستوري في ٢٢ يوليو ١٩٨٠.

غير أن القانون تضمن النصوص الآتية:-

١- يتمتع بصفة عضو في المجلس الأعلى للجامعات أعضاء هذا المجلس ، سواء المعينين أو المنتخبين، ويتمتع هؤلاء الأعضاء بهذه الصفة حتى قيام المجلس الجديد في موعد أقصاه ٣٠ يونيو ١٩٨٦ (م ١/١٢٢) وهذا النص ليس تصحيحاً وإنما حلولاً تشريعياً، خلافاً لما اعتقده بعض الفقه.

٢- تصحيح القرارات الفردية الصادرة استنادا إلى آراء واقتراحات المجلس الأعلى المؤقت للجامعات (م ٢/١٢٢)

٣- تصحيح القرارات الفردية الصادرة استنادا إلى آراء واقتراحات المجلس الأعلى للجامعات (م ٣/١٢٢).

وفي مصر أيضاً يلجأ المشرع إلى التصحيح التشريعي رعاية للأوضاع المستقرة وتجنباً لمخاطر التهديد بإلغائها. ومن أهم هذه التطبيقات.

قانون ١٩٥٩/١١٨: على أثر تنازل الملك السابق عن العرش، قررت وزارة الأوقاف ضم موظفي "ديوان الأوقاف الملكية" إلى وزارة الأوقاف وقامت بتسكينهم مع موظفي الوزارة بحسب تاريخ أقدمياتهم في الدرجات التي كانوا يشغلونها بديوان الأوقاف الملكية، وذلك اعتقادا بأن قرار مجلس الوزراء في ٦ يناير ١٩٥٢ مازال قائماً، بينما أن القانون رقم ١٩٥١/٢١٠ والقواعد التنفيذية له بتنظيم ضم مدة الخدمة السابقة قد ألغت هذا القرار من ناحية جواز ضم المدد السابقة. وبالتالي، فقد أصبح مركز هؤلاء الموظفين عرضة للإلغاء أو سبباً لعدم مشروعية القرارات الصادرة بشأنهم وتداركاً لهذا الموقف، وضماناً لاستقرار مركز هؤلاء الموظفين استصدرت وزارة الأوقاف القانون رقم ١٩٥٩/١١٨ الذي نص على أن يعتبر صحيحاً ما تم في شأن نقل موظفي ديوان الأوقاف الخصوصية الملكية سابقاً إلى وزارة الأوقاف بحالتهم من حيث الدرجة والمرتب والاحتفاظ لهم بأقدمياتهم في درجاتهم ومواعيد علاواتهم[١].

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون. أيضا: م.أ.ع. ٩ ديسمبر ١٩٦١، س ٧ ، ص ٧٨.

مشروع القانون ١٩٨١/١٤١: استقر القضاء على أن القرار بقانون ١٩٥٨/١٦٢ لا يخول رئيس الجمهورية فرض الحراسة على الأشخاص الطبيعيين وإنما فقط على الأشخاص الاعتبارية[1] وقد اعتبر القضاء أن قرارات فرض الحراسة على الأشخاص الطبيعيين تكون منعدمة. لأنها تنطوي على مخالفة صارخة بالغة الجسامة لما فيها من اعتداء على الحرية الشخصية وهي الملكية الخاصة وقد صدرت أحكام كثيرة وصلت إلى ثلاثة وخمسين حكماً في فترة وجيزة (من ١٠ – إلى ٢٤ يونيو ١٩٨٠). وقد أدت هذه الأحكام إلى وضع شائك ، لأن القول بانعدام هذه القرارات، من شأنه أن يفتح لجميع الخاضعين لها باب الطعن فيها متى شاؤا، خصوصاً أنه مضت فترة طويلة تزيد على خمسة عشر عاماً، وأنه خلال هذه المدة تكونت أوضاع شائكة يصعب فصلها عن بعضها. من ذلك أن عقارات قد بيعت إلى شركات التأمين التي أعادت بيعها إلى أفراد، كما أن هناك عقارات أدخلت عليها تعديلات بتعليتها أو بإقامة مبان على ما كان منها أرض فضاء وبعض العقارات خصصت لأغراض قومية، فضلاً عما أصاب الأرض الزراعية من توزيع أيضاً ومن شأن رد هذه العقارات إحداث أضرار باقتصاديات شركات التأمين والأفراد حسني النية.

ومن أجل تفادي هذه الأوضاع تقدمت الحكومة بمشروع قانون يتضمن تصحيحاً لهذه القرارات غير أن المشرع لم ينل موافقة مجلس الدولة لدي مناقشته بقسم التشريع، الذي أبدي اعتراضات عليه ، وبالتالي لم يظهر النص في الصيغة النهائية للقانون.

قوانين التصحيح والاعتداء على مبدأ المشروعية:

إن تدخل المشرع عن طريق تعديل شروط مشروعية القرار لا يتضمن إخلالاً بمبدأ المشروعية، لأن القرار يصبح مشروعاً بأثر رجعي، ولذلك يقر القضاء الدستوري في مصر وفرنسا دستورية هذا النوع من التدخل. كذلك

---

(١) م.أ.ع.، ٢٩ ديسمبر ١٩٧٩. مجموعة ١٩٨٠/٦٥، ج ١ ، ص ٣٨.

الأمر فيما يتعلق بإجازة المشرع للإدارة باتخاذ إجراءات بأثر رجعي. ففي كل من الحالتين فإن مشروعية القرارات الإدارية يتم تقديرها وفقاً للقرارات الجديدة التي تسري على الماضي.

أما إذا كان التدخل التشريعي يتضمن حلول نص تشريعي محل نص لائحي، فإن المشكلة التي تثور حينئذ هي دستورية النص التشريعي، وتختلف الحلول في مصر عن فرنسا.

أما تدخل المشرع عن طريق التصحيح، فإنه يعني "إعفاء" القرار من الخضوع للقواعد القانونية السارية، وذلك بالمحافظة على قوة نفاذه بالرغم من عدم مشروعيته. وهذا الاعتداء على مبدأ المشروعية يختلف في حالة التصحيح المباشر عن التصحيح غير المباشر.

فالتصحيح المباشر والمطلق من أي قيد يعني أن القرار غير جائز الطعن فيه لأي سبب إن المشرع لم يقتصر على إعطاء القرار سنداً قانونياً، وإنما أراد إضفاء حصانة قضائية كاملة للقرار، ولهذا يقرر مجلس الدولة الفرنسي أن مشروعية هذا القرار لا يجوز المجادلة فيها بالطريق القضائي وهذا النوع من التصحيح يتضمن أقصي درجات الاعتداء على مبدأ المشروعية.

أما التصحيح غير المباشر ، فهو لا يعني أكثر من إعطاء سند قانوني للقرارات في نقطة معينة بالتحديد وبالتالي يجوز الطعن في القرارات لأسباب أخري غير هذا السبب. وبناء على ذلك، قضي المجلس الدستوري في حكم ٢٢ يوليو ١٩٨٠ بأن من شأن تدخل المشرع إلغاء الالتزام بأخذ رأي اللجنة الفنية المشتركة.

ومن جهة أخري تختلف خطورة التصحيح بحسب أوجه عدم المشروعية التي يكون القرار مشوباً بها. فمن المقرر أن إلغاء القرار لمخالفة القواعد الخاصة بالمشروعية الخارجية لا يحول دون إصدار قرار جديد بذات المضمون ولكن مع احترام القواعد التي أدت إلى إلغاء القرار الأول، أما إذا

كان إلغاء القرار لمخالفة القواعد المتعلقة بالمشروعية الداخلية، فإنه لا يجوز من حيث المبدأ إعادة إصدار قانون ينظم خدمات التأمين الاجتماعي والصحي وتعيين قواعد صرف المعاشات والتعويضات بأثر رجعي.

ولكن ماهي القيود على رجعية قوانين التصحيح؟

نظراً لأن القوانين التي تسري بأثر رجعي تؤدي إلى المساس بحقوق مكتسبة، فإنها تخضع لقيود هامة. فمن ناحية، يفرض الدستور قيوداً إجرائية تتمثل في ضرورة توفر أغلبية خاصة للموافقة على القانون ومن ناحية أخري، يفرض الدستور أيضاً قيوداً موضوعية، وهي حظر اللجوء إلى الرجعية في مواد معينة، وهنا تكتسب قاعدة عدم الرجعية قيمة دستورية.

ونظراً لأن قوانين التصحيح تسري بأثر رجعي، فإنها تخضع للقيود الإجرائية والموضوعية على حد سواء.

القيود الإجرائية (تطلب أغلبية خاصة)

يجوز وفقاً للمادة ١٨٧ من الدستور المصري أن يتضمن القانون أثراً رجعياً وذلك "بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب"، وذلك خلافاً للقاعدة العامة التي تكتفي "بالأغلبية المطلقة للحاضرين" (م ١٠٧/٢) ونظراً لأن قانون التصحيح يتضمن أثراً رجعياً، فإنه يجب أن تتم الموافقة عليه من جانب مجلس الشعب بأغلبية الأعضاء الذين يتكون منهم المجلس، وليس فقط الأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين، وإلا كان القانون غير دستوري.

وقد تعرضت هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا ببحث هذا الشرط بمناسبة الطعن بعدم دستورية القانون ١٩٨٦/٩ بشأن تصحيح قرارات مجلس الإدارة هيئة قناة السويس بتسوية أوضاع العاملين فيها، وانتهت في تقريرها أن القانون المذكور لم يصدر بأغلبية الأعضاء وإنما بأغلبية الحاضرين ، لأن عدد أعضاء مجلس الشعب في هذه الدورة كان ٤٥٨ عضواً، وقد حضر مناقشات القانون وأخذ الرأي عليه ٤٥٠ عضواً وفقاً لمضبطة

الجلسة رقم ٥٠ في ٢١ أبريل ١٩٨٦. غير أن الأغلبية التي وافقت على القانون هي أغلبية الأعضاء الحاضرين أي ٢٢٦ عضواً وليس ٢٣٠ عضواً. غير أن مضبطة المجلس لم تشر إلى عدد الأعضاء الموافقين، وأن كل ما تضمنته أن الموافقة على مشروع القانون كانت بالأغلبية، دون تحديد للمقصود بهذه الأغلبية. ونظراً لأن أخذ الرأي على القانون تم برفع الأيدي، وهي ليست الوسيلة المقررة لإبداء الرأي على القوانين التي تتطلب أغلبية خاصة، وإنما كان يجب أخذ الرأي عن طريق النداء بالاسم طبقاً للمادة ٣٠٠ من اللائحة الداخلية للمجلس، فإن ذلك يدل على أن الموافقة على هذا القانون لم تكن من جانب أغلبية أعضاء المجلس وإنما من أغلبية الحاضرين.

أما في فرنسا، فلا يتطلب الدستور أغلبية خاصة لتقرير الرجعية، لأن الأغلبية الخاصة مطلوبة في حالات أخري، وبالتالي يكتفي بأغلبية الأعضاء الحاضرين.

القيود الموضوعية (عدم جواز الرجعية):

إن عدم الرجعية تكون أحياناً مبدأ دستورياً لا يجوز للمشرع نفسه أن يخالفه حتى ولو كان ذلك عن طريق قوانين التصحيح. والحالات التي تكتسب فيها عدم الرجعية قيمة دستورية ترجع إلى طائفتين: الأولي تتعلق بالجزاءات الجنائية والإدارية، والثانية تخص الحريات العامة.

١) عدم رجعية الجزاءات الجنائية والإدارية:

إن القيمة الدستورية لمبدأ عدم الرجعية في المواد الجنائية تجد سنداً قانونياً سارياً وقت وقوع المخالفة. ومقتضي ذلك أن يكون الجزاء الموقع من بين الجزاءات الواردة في القانون الجديد، وذلك أعمالاً للأثر "المباشر" للقانون ذلك أن القاعدة أنه عند النظر في بحث سلامة القرار الإداري تكون الرقابة لمعرفة مدي مطابقة القرار للقانون والرقابة على القرار التأديبي أو الحكم دون

غيرها"[1]. وبناء على ذلك ، قضت المحكمة الإدارية العليا أنه إذا تضمن الحكم التأديبي على شاغلي الفئة الثالثة الحكم بعقوبة الوقف عن العمل في ظل القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ الذي لم يكن يجيز توقيع هذه العقوبة على شاغلي تلك الفئة، فإن صدور القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ أثناء نظر الطعن في الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا يجيز توقيع هذه العقوبة مع صرف نصف المرتب. وبالتالي يجوز تعديل الحكم بمجازاة العامل المطعون ضده بالوقف عن العمل مع صرف نصف مرتبه[2].

ومن الواضح مما تقدم أنه يجوز توقيع عقوبة في قانون لاحق على وقائع سابقة صدر بشأنها قرار غير مشروع وفقاً للقانون الذي صدر استنادا له. وهذا القضاء يتضمن مخالفة صريحة لنص المادة ١٨٧ من الدستور فيما تضمنه من عدم جواز سريان أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها، وأنه لا يجوز توقيع هذه العقوبات التأديبية، والتي لم يكن منصوصاً عليها في القانون السابق على الوقائع التي كانت خاضعة لهذا القانون. إن القانون الجديد وفقاً لهذا القضاء يسري في حقيقة الأمر بأثر رجعي وليس بأثر مباشر خلافاً لما اعتقد البعض، وهذا غير جائز.

الخلاصة، أنه لا يجوز أن تتضمن قوانين التصحيح أثراً رجعياً إذا وردت على قرارات تتضمن نصوصاً عقابية سواء جنائية أو إدارية، سواء نص المشرع على هذا القيد أم لا. وبناء على ذلك، قضت محكمة النقض في فرنسا بأن الإخلال بالنصوص محل التصحيح متى كان سابقاً على التصحيح، لا يشكل مخالفة جنائية. كذلك، فإن القانون الصادر في ١٢ يوليو ١٩٧٩ بشأن بعض المنشآت التي تربط بين الطرق الرئيسية، الذي صحح القرارات الإدارية التي فرضت – في الفترة السابقة على قانون التصحيح – رسوم عبور هذه

---

(١) سمير صادق، قرارات وأحكام التأديب، ١٩٨٥، ص ٦٤. راجع أيضاً في هذا المعنى د. سليمان الطماوي ، قضاء التأديب ١٩٧٩، ص ٢٧٤.

(٢) م.أ.ع.، ٧ ديسمبر ١٩٧٤ ، س ٢٠ ، ص ٤٠.

المنشآت، قد تضمن النص صراحة على أنه "لا يكون محلاً للمحكمة الجنائية رفض دفع قيمة هذه الرسوم متى كان سابقاً على نفاذ هذا القانون".

(٢) مبدأ عدم الرجعية في مجال الحريات العامة:-

إذا كان مبدأ عدم رجعية الجزاءات الجنائية والإدارية يجد أساساً قانونيا في النصوص ذاتها، فإن تطبيق مبدأ عدم الرجعية في مجال الحريات العامة هو من ابتداع المجلس الدستوري في فرنسا، وذلك في حكمه الشهير في ١٠، ١١ أكتوبر ١٩٨٤ بشأن قانون المشروعات الصحفية إذ يؤكد المجلس بوضوح "أنه إذا كان جائزاً للمشرع بصدد تنظيم إحدى الحريات العامة، أن يتخذ بالنسبة للمستقبل إجراءات أكثر تشدداً من الإجراءات السابقة، فإنه لا يجوز له الإخلال بمراكز قانونية قائمة تتعلق بإحدى الحقوق المكتسبة ضرورياً بالفعل لضمان تحقيق غاية دستورية يتوخاها المشرع.

الخلاصة أنه لا يجوز أن تتضمن قوانين التصحيح أثراً رجعياً إذا وردت على قرارات تتضمن نصوصاً عقابية سواء جنائية أو إدارية، سواء نص المشرع على هذا القيد أم لا[1].

وأهم ما يمكن التعرض له في خصوص هذا التصحيح التشريعي هو مدي الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع في اللجوء إلى هذا الأسلوب.

إذ كانت سلطة المشرع في تحديد المصلحة العامة ليست "مطلقة" وإنما "تقديرية" فإن مؤدي ذلك أنها تخضع للرقابة من جانب القاضي الدستوري، غير أن هذه الرقابة تتم في حدود ضيقة للغاية، فهي "تنحسر" عن تقدير ملاءمة التشريع، و "تقتصر" على بحث الجان بالموضوعي لفكرة المصلحة العامة.

فمن ناحية، ينحسر دور القاضي الدستوري عن التعرض لمناقشة ضرورة التشريع أو عدم ضرورته، لأن هذا من اختصاص المشرع وحده

---

(١) د. محمد عبداللطيف التصحيح التشريعي ص ١١٨.

باعتباره صاحب السلطة في التشريع، ويكون اشتراك القضاء في هذا الأمر عدوان على هذا الاختصاص. ولا يجوز للقاضي الدستوري أن يراقب البواعث الحقيقية التي دفعت المشرع إلى سن القانون وذلك بالتجاوز عن ظاهر النص التشريعي، ويؤكد المجلس الدستوري على هذا المعني بقوله أنه لا يملك "سلطة عامة في التقدير والقرار مماثلة لسلطة البرلمان" وفي مصر، تؤكد المحكمة الدستورية العليا على أن رقابتها لا تشمل "ملاءمة التشريع والبواعث على إصداره "لأن ذلك من إطلاقات السلطة التشريعية، ما لم يقيدها الدستور بحدود وضوابط معينة. وبناء على ذلك، فإن الطعن بعدم دستورية النص المطعون فيه لإغفاله تنظيم طريقة لإشهار صفة المستأجر للأرض الزراعية حتى يتبين من تعامل معه التزامه بالإخطار عن دينه، لا يعدو أن يكون جدلاً حول ملاءمة التشريع وما قد يترتب عليه من إجحاف بحقوق طائفة من الدائنين، مما لا يشكل عيباً دستوريا[١].

ومن ناحية أخري يقتصر دور القاضي الدستوري على رقابة الغاية من التشريع وفقاً لمعيار موضوعي[٢]، مستمد من دلائل مادية تتمثل في كافة الوثائق التي واكبت إعداد التشريع كتقارير اللجان والمناقشات البرلمانية والمذكرة الإيضاحية للقانون. فلا يجوز للقاضي الدستوري – خلافاً للقاضي الإداري – تحري الأغراض الشخصية التي قد تكون كامنة وراء إصدار القانون، حتى يتجنب الدخول في صراع مع السلطة التشريعية والتنفيذية. وبناء على ذلك، إذا صدر قانون بإلغاء قرار وزاري كان يتضمن معادلة إحدى الشهادات التي تمنحها مصلحة المساحة لخريجي مدرستها لشهادة الفنون والصنايع استنادا إلى أن القرار الوزاري قد بني على أساس المشاهدة العملية وليس على أساس المقارنة بين المدرستين من نواحي البرامج وخطط الدراسة

(١) م.د.ع، ١٦ فبراير ١٩٨٠، ج أ، ص ١٥١.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، المقال السابق، ص ٦٨. قارن د. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، رسالة، القاهرة ١٩٨٨، ص ٢٩٣ وما بعدها.

ونظمها ومواردها ومسوغات الالتحاق بها ومؤهلات مدرسيها، وبالتالي لا يجوز للمحكمة أن تتعرض للبحث فيما إذا كان هذا القانون قد صدر بقصد الانتقام والكيد لخرجي مدرسة المساحة، لأن ذلك يدخل في تقدير البواعث على التشريع وهو ما لا تملكه المحكمة[١].

وإذا كان من المسلم أن كل قرينة ممكنة ينبغي أن تكون لصالح دستورية التشريع، ما لم تنقض هذه القرينة بدليل قطعي يكون بذاته نافياً على وجه الجزم لدستورية النص المطعون فيه[٢]. فإن فكرة المصلحة العامة، تؤدي خدمة هامة في هذا الخصوص، أنها تعد مصدراً للدستورية "الاحتياطية"، فهي تحول دون التقرير بعدم دستورية القانون، حتى ولو خالف بعض القواعد الأخرى.

المصلحة العامة مصدر للدستور الاحتياطية:

يحدث أن يرجع القاضي الدستوري على فكرة المصلحة العامة لا لكي يراقب الغاية من التشريع في ذاتها، وإنما لكي يقرر دستورية قانون بالرغم من مخالفته لبعض المبادئ الدستورية.

ومن أهم التطبيقات حكم المجلس الدستوري في ١٩، ٢٠ يناير ١٩٨١ فقد تضمن قانون "الأمن والحرية" النص على أنه "يجوز لمأموري الضبط القضائي في حالة البحث القضائي أو من أجل توقي الإخلال بالنظام العام، خصوصاً في حالة الاعتداء على أمن الأفراد والأموال، أن يطلب من كل شخص إثبات شخصيته ولا يجوز لأحد أن يرفض تنفيذ هذا الطلب. ويمكن إثبات الشخصية بكافة الطرق". وقد طعن أعضاء الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ بعدم دستورية هذا النص، لأنه يتضمن اعتداءا من ناحية المبدأ ومن ناحية كيفية تنفيذه – على حرية الذهاب والإياب والحرية الفردية، خصوصاً أنه لا توجد أية ضوابط إذ يمكن ممارسة هذه الرقابة في أي مكان من أجل أي

---

(١) م. ع ٧ يونيو ١٩٧٥، ج ١ ، ص ٣١٤.

(٢) محمد على بليغ، تقديم مجموعة المحكمة الدستورية العليا، ج ٣، ص ٥.

بحث قضائي أو من أجل الوقاية من أي إخلال بالنظام العام. كما أن هذا النص يتطلب جعل ما يثبت الشخصية وذلك حتى يمكن التجول بحرية، وهذا يتعارض مع تقاليد الجمهورية والمبادئ الأساسية التي قررتها قوانين الجمهورية. وأخيراً، فإن هذا النص يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات لأنه يخول البوليس القضائي سلطة القيام بعمليات للوقاية من الإخلال بالنظام العام وهي تدخل في اختصاص البوليس الإداري.

غير أن المجلس الدستوري يرفض هذه الاعتراضات مؤكداً أن البحث عن مرتكبي المخالفات والوقاية من الإخلال بالنظام العام خصوصا الاعتداء على أمن الأشخاص والأموال، هما إجراءات ضروريان من أجل تطبيق المبادئ والحقوق الدستورية، وإن لم يحدد المجلس هذه الحقوق. غير أنه يقرر في موضع آخر من الحكم أن الرقابة على إثبات الشخصية تعد ضرورية من "أجل" المحافظة على أهداف المصلحة العامة، والتي تتمتع بقيمة دستورية، وأن توخيها يبرر إثبات الشخصية".

ويلاحظ المجلس أيضاً أنه ينبغي التوفيق بين ممارسة الحريات المعترف بها دستورياً وبين متطلبات البحث عن مرتكبي المخالفات والوقاية من اعتداء على النظام العام – خصوصاً أمن الأشخاص والأموال – لأن كلاً منهما ضروري للمحافظة على الحقوق المقررة دستورياً، وأن هذه القيود على حرية الذهاب والإياب ليس مبالغاً فيها، لأنه يجوز إثبات الشخصية بأية وسيلة.

وتؤدي فكرة المصلحة العامة دوراً هاماً فيما يتعلق بقوانين التصحيح، إذ يأخذ المجلس الدستوري في الاعتبار المصلحة العامة للتأكيد على دستورية النصوص التشريعية، بالرغم من أنها تتضمن اعتداءا على مبدأ المساواةِ أمام الأعباء العامة، وتطبيقاً لذلك يقرر المجلس أن النص التشريعي لا يتضمن مخالفة للدستور، لأن المشرع حين يقصد تعديل التشريع الضريبي بأثر رجعي لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، فإنه يريد أن تتجنب الدولة والوحدات الإقليمية النتائج الضارة التي تحدث في حالة إلغاء قرارات فرض الضريبة.

وقد أدان أحد كبار الفقهاء[1] ما ذهب إليه المجلس الدستوري الفرنسي في قراره رقم ١٩٧٠/٣٩٠ والذي ذهب فيه إلى أن المشرع يثبت له وحده حق تصحيح القرار الإداري تحقيقاً للمصلحة العامة ولكنه تحت تحفظ وجوب احترام الأحكام القضائية الحائزة لقوة الأمر المقضي ومبدأ عدم رجعية الجرائم والعقوبات بالإضافة إلى أن القرار محل التصحيح ينبغي ألا يتعارض مع أية قاعدة أو مبدأ ذات قيمة دستورية عدا أن يكون ذلك بهدف تحقيق المصلحة العامة ذات القيمة الدستورية.

وذهب الفقيه الكبير إلى أن هذا الاتجاه محل نظر إذ كيف يمكن القبول بأن تشريعاً صادراً من المشرع العادي يمكنه أن يقرر شرعية قرارات إدارية مخالفة للدستور بحجة أن هدف المشرع العادي في هذه الحالة هو تحقيق المصلحة العامة ذات القيمة الدستورية فهل يملك المشرع العادي أصلاً أن يخالف أحكام الدستور لكي يمكن الاعتراف له بتصحيح قرارات إدارية مخالفة للدستور.

وقد أدانت المحكمة الإدارية لحقوق الإنسان فرنسا بسبب لجوئها المتزايد وغير المبرر إلى التصحيح التشريعي وذلك على الرغم من أن المجلس الدستوري ومحكمة النقض قد قضيا بأن القانون محل البحث كان مطابقاً للدستور وللاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان.

وتستند المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في هذه الإدانة إلى المادة ١/٦ من الاتفاقية التي تقرر مبدأ الحق في المحاكمة المنصفة، وما يترتب عليه من ضرورة الفصل بين السلطات واستقلال السلطة القضائية. وتقرر المحكمة، في هذا الخصوص، بأنه إذا كان جائزاً للمشرع أن يتدخل في الموضوعات المدنية، وأن ينظم الحقوق المستمدة من القوانين النافذة، بواسطة نصوص لها أثر رجعي، فإن مبدأ سيادة القانون وفكرة المحاكمة المنصفة لا يجيزان، فيما عدا

---

(١) أ. د. عادل الطبطبائي مقال مجلة الحقوق س ٢٣ العدد الرابع ديسمبر ١٩٩٩ هل يجوز التصحيح التشريعي للقرار الإداري المخالف للدستور ص ٢٩٦.

حالات المصلحة العامة الملجئة، أن تتدخل السلطة التشريعية في أداء العدالة بقصد التأثير على الفصل القضائي للنزاع".

وقد أخذ قضاء المجلس الدستوري في الحسبان قضاء المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان. فقد أصبحت القيود الدستورية على التصحيح التشريعي أكثر وضوحاً وفي صياغة أكثر تحديداً من قبل ففي حكم ٢٩ ديسمبر ١٩٩٩ يقرر المجلس: "إذا كان يجوز للمشرع أن يصحح قراراً إدارياً لتحقيق مصلحة عامة كافية، فإن ذلك مشروط باحترام الأحكام القضائية الحائزة لقوة الشيء المحكوم فيه، ومبدأ عدم رجعية العقوبات والجزاءات؛ وعدم مخالفة القرار محل التصحيح أية قاعدة أو مبدأ من قيمة دستورية، إلا إذا كان هدف المصلحة العامة الذي يرمي التصحيح إلى تحقيقه له قيمة دستورية، وأنه بالإضافة إلى ما تقدم، فإن نطاق التصحيح يجب أن يحدد بدقة، وإلا فإنه يكون مخالفاً للمادة ١٦ من إعلان ١٧٨٩".

وتمثل تطور القضاء الدستوري في اتجاهين:

أما الاتجاه الأول فهو أن المجلس الدستوري لم يعد يجيز التصحيح الشامل للقرار الإداري في جميع العيوب التي تشوبه، لأن مثل هذا التصحيح يمنع القاضي من الفصل في النزاع، ويتعارض بالتالي من الحق في المحاكمة المنصفة. وبناء على ذلك. قرر المجلس عدم دستورية تصحيح القرارات التنفيذية لقرار يتضمن تخفيضاً لتعريفة المؤسسات الصحية "طالما أن المنازعة في هذه القرارات ترجع إلى عدم مشروعية السند القانوني لها، وأن هذا التصحيح يمنع ممارسة أية رقابة قضائية على القرارات محل التصحيح أياً ما كان وجه عدم المشروعية المدعى به. وبالمقابل، قضي المجلس بدستورية قرارات تحصيل بعض الفرائض الضريبية، طالما أن المشرع قد حددّ بدقة العيوب التي قصد "تطهيرها"، وهما عيب عدم الاختصاص الإقليمي للبعض منها، وعيب الشكل بسبب عدم تضمين الإخطار معلومات غير كافية للبعض الآخر منها.

وأما الاتجاه الآخر فهو التشدد في تحديد فكرة المصلحة العامة التي تسوغ للمشرع تصحيح القرارات الإدارية غير المشروعة. فقد أصبح المجلس الدستوري يشترط في المصلحة العامة أن تكون كافية Suffisant. وعلى ذلك فالمصلحة المالية بذاتها لا تبرر التصحيح. ومن الملاحظ أن المجلس يقوم بإجراء رقابة التناسب بين الشروط الخاصة بالمصلحة العامة، وتلك المتعلقة بضمانات الحقوق الفردية، وذلك لتحديد مدي أهمية المصلحة المبررة للتصحيح. وفي الحكم الذي سبقت الإشارة إليه، ويتعلق بتصحيح قرارات فرض بعض الضرائب، أخذ المجلس في الاعتبار تزايد الدعاوى التي من شأنها الإخلال بالسير المنتظم للمرافق الضريبية والقضائية، وكذلك بالنظر إلى المبالغ المرتفعة التي يطالب بها الممولون؛ كما أن العيوب التي تشوب القرارات لم تتضمن اعتداء على حقوق الدفاع للمولين.(١)

وهكذا بلغ التطور في القضاء الدستوري الفرنسي إلى رقابة جوانب السلطة التقديرية كانت تعتبر مجالاً محرماً على القضاء بل أن النظر الدقيق في الأمر يؤدي إلى بلوغ الرقابة القضائية مبلغاً يصل بها إلى رقابة الملائمة وهو المجال الذي يدعي الفقه والقضاء الدستوري ذاته بالمخالفة للحقيقة بأنه لا يجوز أن تتطرق إلى الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

---

(١) د. محمد عبداللطيف تطورات القضاء الدستوري في فرنسا في خمس سنوات ص ٤٢ .

الباب الثاني
القضاء الدستوري
والرقابة على السلطة التقديرية للمشرع

ذهب أغلب الفقه في تحليله للقضاء الدستوري وخاصة قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر والمجلس الدستوري في فرنسا إلى أن القضاء الدستوري يأخذ بفكرة الغلط البين في مجال التقدير وكذلك برقابة الملائمة على التشريع من خلال الموازنة بين المصالح والأضرار ورقابة التناسب ونجد ذلك ظاهراً في أي تحليلات الفقه لأحكام المحكمة الدستورية العليا في هذا الخصوص.

الفصل الأول
القضاء الدستوري وفكرة الغلط البين

ذهب أحد الفقهاء[١] في مجال تحليله لأحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر وفى سبيل تأكيد أخذها بفكرة الغلط البين إلى أنه من المقطوع به أن لا علاقة بين رقابة الغلط البين في التقدير في المجال الدستوري، وبين رقابة ضرورة أو عدم ضرورة التشريع، إذ الأخيرة تعني ترخيص المشرع في أن يصدر في الوقت المناسب التشريع المناسب الذي يراه لازماً لتنظيم مسألة ما.

ولكن إذا تدخل المشرع وسن تشريعه الذي ينظم المسألة، فإن تقديره في المفاضلة بين البدائل المختلفة واختياره أحداها ، يخضع للرقابة الدستورية، للوقوف على مدي تحقيق الحل الذي اختاره للمصلحة العامة، ومدي وفائه للمتطلبات التي تقتضيها المصلحة العامة في خصوص الموضوع الذي تناوله بالتنظيم، ومدي ملاءمته اجتماعيا وسياسياً، ومدي التزامه بالضوابط والقيود التي حددها الدستور وتلك هي منطقة الغلط البين في التقدير.

أما الأثر المترتب على عدم تدخل المشرع بتنظيم حرية ما ـ رخص له الدستور في تنظيمها ـ على مدي التمتع بهذه الحرية، فتلك مسألة أخري، سوف نعود إليها بعد قليل.

ولذلك نجد قضاء المحكمة الدستورية العليا مستقر على أن الملاءمات السياسية لا تمنع من إخضاع القوانين للرقابة الدستورية، إذا تعرضت لأمور نظمها الدستور ووضع لها ضوابط محددة[٢].

---

(١) د. زكي محمد النجار ، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري سنة ١٩٩٧ ص ٢٢٦.

(٢) راجع على سبيل المثال، حكمها في القضية رقم ٥ لسنة ١ ق دستورية، في ١٦ مايو سنة ١٩٨١، المجموعة ـ الجزء الأول، ص ١٩٥، وحكمها في القضية رقم ١٣ لسنة ١ ق دستورية، في ١٦ فبراير ١٩٨٠، المجموعة ذاتها ص ١٥١، حكمها في القضية ٦٧ لسنة ٤ ق دستورية، في ١٩٨٥/٢/٢ المجموعة الجزء /٣ ص ١٢٣.

تطبيقات
الخطأ الظاهر في الدستورية

ومن أمثلة أحكام هذه المحكمة حكمها الصادر في ١٥ مايو ١٩٩٣[١].

والذي تقول فيه "إن السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق مقيدة بالتخوم التي فرضها الدستور حداً لها، ومن بينها ألا يكون التنظيم التشريعي للحق مؤدياً إلى مصادرته ومنطوياً على اغتيال وجوده".

"ومن المقرر أن حق الملكية نافذ في مواجهة الكافة، وأن حصانته تدرأ عنه كل عدوان أياً كانت الجهة التي صدر عنها، وأنه صوناً لحرمتها كفل الدستور حمايتها – على الأخص – من جهتين ، أولاهما: أنهما لا تزول بعدم استعمالها، ولا يجوز أن يجردها المشرع من لوازمها، ولا أن يفصل عنها أجزاؤها المكونة لها، ولا أن ينتقص من أصلها أو يعدل من طبيعتها، ولا يقيد مبشرة الحقوق المتفرعة عنها في غير ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية، وبوجه خاص لا يجوز أن يسقطها المشرع عن صاحبها سواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر، ولا أن يقرر زوال حقه على هذه الأموال محلها إلا إذا كسبها غيره وفقاً للقانون، وطبقاً للأوضاع المنصوص عليها فيه. ثانيهما: أنه لا يجوز نزع الملكية من ذويها – سواء عن طريق التأميم أو غيره – إلا في الأحوال التي يقررها القانون، وبالكيفية المنصوص عليها فيه، ومقابل تعويض عادل معادلاً لقيمتها الحقيقية في تاريخ نزعها، ولمنفعة أو مصلحة عامة لها اعتبارها، ودون ذلك تفقد الملكية الخاصة ضماناتها الجوهرية، ويكون العدوان عليها غصباً لها أدخل إلى مصادرتها، وهو ما حرص الدستور على توكيده في المادتين ٣٢، ٣٤.. متى كان ما تقدم، وكان المستحقون في الأعيان التي أصبح وقفها منتهياً – سواء كانوا معلومين للجهة الإدارية أم كانوا غير معلومين – قد صاروا مالكين لحصص فيها ملكية باتة غير معلقة على شرط بقدر الأنصبة التي كانت لهم قبل هذا الانتهاء، وكان النص التشريعي المطعون فيه قد ألزمهم

---

(١) أنظر مجموعة الأحكام السابق الإشارة إليها، الجزء الخامس، المجلد الثاني، قاعدة رقم ٤/٢٦، ٥، ٦ القضية رقم ١٨ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" ، ص ٣٠٤.

بأن يتقدموا إلى الجهة الإدارية التي عينها، وخلال الموعد الذي حدده، مطالبين بملكيتهم وإلا حرموا منها بصفة نهائية بانقلابها وقفاً خيرياً، وكان هذا النص – وقد جري على هذا النحو – قد تمخض عن عدوان مباشر على حق الملكية الخاصة بإدارة الأموال محلها وقفاً خيرياً، وهو ما يناقض طبيعتها ويعدل من خصائصها. وينحل إلى انتزاعها من ذويها لغير منفعة عامة، ودون تعويض، وكان استبعاد الملكية لعمل تشريعي يناقض الحقيقة القانونية التي لا يجوز بمقتضاها أن تنقل من شخص معين إلا إذا كسبها غيره وفقاً للقانون، فإن لازم ما تقدم أن النص التشريعي المطعون فيه يكون قد أزال الملكية عن أصحابها بإعدامه لها...".

"... مهدراً بذلك الحق في الملكية عاصفاً بخصائصها، وبما يناهض كذلك مبدأ خضوع الدولة للقانون ما يتطلبه من استقامة المنحى عند إقرار النصوص التشريعية، وذلك بالتقيد بالضوابط التي فرضها الدستور لحماية الحقوق التي كفلها".

"إن النص التشريعي المطعون فيه أخل كذلك بمبدأ الحماية القانونية المتكافئة المنصوص عليه في المادة ٤٠ من الدستور ذلك أنه خص الفئة التي تعلق بها مجال تطبيقه بمعاملة استثنائية لا تستند إلى أسس موضوعية جاوز بها ما تقتضيه الحماية المتكافئة بين المراكز القانونية المتماثلة وهي معاملة رتبها على واقعة لا يقوم عليها التباين بين مركزين قانونيين – تلك هي عدم تقدم المستحقين إلى الجهة الإدارية التي حددها خلال موعد معين، مطالبين بالحصص التي يملكونها، ومن ثم يكون النص المطعون فيه قد وقع في حومة المخالفة الدستورية".

ففي هذا الحكم، رأي القاضي الدستوري، أن المشرع قد ارتكب خطا كبيرا أو واضحاً في التقدير، حتى ولو لم يفصح الحكم عن ذلك صراحة، ولم يستخدم لفظ الخطأ الواضح بشكل صريح ومباشر، ولكن هذا يفهم بالضرورة من الحكم، فكل فقراته، والعبارات المستخدمة والألفاظ المستعان بها فيه، تدخل في نطاق وقوع المشرع في خطأ كبير في التقدير.

فإذا كانت مجالات التشريع الذي تمارسه سلطة التشريع إنما تمتد إلى جميع الموضوعات، وأن ملاءمات التشريع هي من أخص مظاهر السلطة التقديرية للمشرع العادي ما لم يقيده الدستور بحدود وضوابط يتعين على المشرع التزامها وإلا عد مخالفاً للدستور، ، فإنه يكون من حق المشرع العادي أن يستقل بوضع القواعد القانونية التي يراها محققة للمصلحة العامة متى كان في ذلك ملتزماً بأحكام الدستور وقواعده[١].

فالقول بأن القرار بقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ والقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٤، قد تضمنا تعويض الخاضعين للحراسة على أموالهم وممتلكاتهم، وأن تقدير هذا التعويض يعد من الملاءمات السياسية التي يستقل بها المشرع، لا يحول دون إخضاع هذين التشريعين للرقابة الدستورية، لأن كل منهما قد تعرض للملكية الخاصة التي صانها الدستور ووضع لحمايتها ضوابط وقواعد محددة[٢].

وعلى ذلك فإن القاعدة هي خضوع ملاءمة التشريع للرقابة الدستورية، للوقوف على التزام المشرع العادي بالضوابط والقيود الدستورية في موضع التشريع، وأبين ما يكون ذلك في مجال الحقوق والحريات العامة، فمن المقطوع به أن الدستور يفرض – دوماً – على المشرع العادي قيوداً وحدوداً يتعين عليه التزامها وهو بصدد تنظيمه للحريات العامة، التي رخص له في تنظيمها.

وعلى ذلك فإن ترخص المشرع العادي في تنظيم بعض الحريات العامة، أو ترخصه في العمل على تحقيق المبادئ الدستورية العليا، لا يعني تحلله من الضوابط والقيود الدستورية (المستخلصة من نصوص الدستور وإعلانات الحقوق نصاً وروحاً) أو السماح له بالخروج عليها. ولا يعد خضوع المشرع

---

(١) راجع حكمها في القضية رقم ٩٣ لسنة ٤ ق دستورية، في ١٨ فبراير سنة ١٩٨٤ المجموعة – الجزء الثالث ص ٢٩، القضية ٢ لسنة ٤ ق دستورية في ١٩٨٤/٦/٢، المجموعة، ج ٣ ص ٦٧.

(٢) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٦ مايو سنة ١٩٨١ ، سابق الإشارة إليه.

العادي لرقابة الملاءمة وهو بصدد تنظيمه للحقوق والحريات العامة، تدخلاً في عمل سلطة التشريع أو خروجاً على مبدأ الفصل بين السلطات[١]، إذ لا تعني رقابة الملاءمة أكثر من التحقق من مدي التزام المشرع العادي بالضوابط والقيود التي حددها الدستور في ذلك، ذلك أن تنظيم المشرع لحق دستوري أو حق قانوني ينبغي ألا يعصف بهذا الحق أو ينال منه، فإذا حرم منه طائفة من المواطنين أو انتقص من هذا الحق فإنه يكون مجاوزاً دائرة التنظيم، مما يخضعه للرقابة الدستورية.

وأكثر من ذلك، فإن المحكمة الدستورية العليا في رقابتها دستورية القوانين واللوائح لا تتقيد بالوصف الذي يخلعه المشرع على القواعد التي يسنها، متى كانت بطبيعتها تتنافي مع هذا الوصف وتنطوي على إهدار حق من الحقوق التي كفلها الدستور[٢].

وبالبناء على ما تقدم تكون المحكمة الدستورية العليا قد استقرت في قضائها، على رقابة الملاءمات السياسية للتشريع، بل وأملت – بوضوح – فكرة التناسبية في مجال رقابتها على دستورية القوانين وهما الفكرتان اللتان يمكن إليهما رد رقابة الغلط البين في التقدير في المجال الدستوري، وذلك منذ الأخذ برقابة دستورية القوانين في النظام المصري، وهو ما يعني أن القضاء الدستوري المصري أسبق من نظيره الفرنسي في تشييد نظرية الغلط البين في التقدير في القضاء الدستوري (مثلما كان هو الأسبق – أيضاً – في ابتداء رقابة الملاءمة في القرارات التأديبية).

---

(١) راجع في عكس ذلك، أستاذنا الدكتور أحمد كمال ابو المجد، رسالته السابق الإشارة إليها ص ٤٦١ – ٤٦٢ ص ٣٥٠. حيث يشير سيادته إلى أن المحكمة العليا الأمريكية في تفسيرها الواسع للتعديل الدستوري سنة ١٩٢٢ (التعديل الرابع عشر) ، قد مكنتها من التدخل السافر في السياسة التشريعية (رقابة الملاءمة)، وإن كانت قد عادت إلى رد الرقابة إلى الحدود الطبيعية المعقولة في سنة ١٩٣٧.

(٢) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١ لسنة ١ ق دستورية في ١٩٨٥/٣/٢، ٢٥ لسنة ٢ ق دستورية، ٣٢ لسنة ٣ ق دستورية في نفس التاريخ، المجموعة – الجزء /٣ ص ١٦٢.

والجدير بالذكر أن المحكمة الدستورية العليا في مصر، قد قضت في غير قليل من أحكامها (خاصة في مجال الحقوق والحريات العامة) بإلغاء التشريع، تأسيساً على فكرة الغلط البين في التقدير، وأن لم تستخدم هذا الاصطلاح – صراحة - ، إلا أنه لا مرية في إنها أعملت مضمونه الحقيقي، ولا مرية في أن مرد ذلك هو أخذ المحكمة الدستورية العليا بمنهج التفسير الواسع للنصوص الدستورية.

فالمقطوع به أنه في كل تنظيم تشريعي يتعلق بحق من الحقوق أو بحرية من الحريات العامة، فإن تقدير المشرع فيما يتناوله بالتنظيم يخضع لرقابة الملاءمة L'opportunité ورقابة التناسب Le proportionnalité - أيضاً – وذلك أن سلطة المشرع العادي في تنظيم الحقوق مقيدة دوماً بالضوابط والقيود والحدود الدستورية، وأن هذا التقييد قد يتسع حتى يصل إلى درجة نعدم فيها حرية سلطة المشرع في تناول موضوعات معينة وتنظيمها (مثل ما نلاحظه في تقرير حرية العقيدة) وقد تضيق في حدود تسمح لهذه السلطة بتولي التنظيم التشريعي، وإنما على ضوء الضوابط والقيود الدستورية (كما لو تناول المشرع بالتنظيم حق الانتخاب أو حق التملك أو حق التقاضي...).

وقد أكدت المحكمة الدستورية هذا النظر في غير قليل من أحكامها في مجالات عديدة.

قررت هذه المحكمة أنها لا تتقيد – وهي بصدد إعمال رقابتها على دستورية التشريعات – بالوصف التي يخلعه المشرع على القواعد التي يسنها متى كان تطبيقها يتنافي مع هذا الوصف وتنطوي على إهدار حق من الحقوق التي كفلها الدستور وانتهت المحكمة – في قضائها – إلى النص التشريعي المطعون فيه (الفقرة الأولي من المادة الأولي من القرار بقانون رقم ١٣٤ لسنة ١٩٦٤، والتي تقضي بأن: جميع أسهم ورؤوس أموال الشركات والمنشآت التي آلت ملكيتها إلى الدولة وفقاً لأحكام القوانين ١١٧، ١١٨، ١١٩ لسنة ١٩٦١.. وأحكام القوانين التالية لها، يعوض أصحابها عن مجموع ما يمتلكه من أسهم

ورؤوس أموال في جميع هذه الشركات والمنشآت بتعويض إجمالي قدره خمسة عشر ألف جنيه، ما لم يكن مجموع ما يمتلكه فيها أقل من ذلك، فيعوض عنه بمقدار هذا المجموع)، لا يقوم على تعديل التعويض المستحق عن التأميم وإنما يستهدف مصادرة ملكية السندات المستحقة لأصحاب المشروعات التي تزيد عن الحد الأقصى المنصوص عليه فيه، ومن ثم فإنه يكون قد تعرض للملكية الخاصة التي صانها الدستور، ووضع لحمايتها ضوابط وقواعد محددة، الأمر الذي يحتم إخضاعه لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية. وقضت المحكمة بعدم دستورية النص المشار إليه، لانطوائه على استيلاء الدولة بغير مقابل – على ما زاد من سندات التعويض عن الحد الأقصى المقرر به، لمخالفة ذلك للمواد ٣٤، ٣٦ من الدستور(١).

وعلى ذلك لم يعد من المقبول أن يعد تدخل المشرع بتقدير قيمة التعويض عن الأموال المؤممة أو الخاضعة للحراسة، أو بتعديل قيمة هذا التعويض من الملاءمات السياسية التي يستقل بها المشرع دون تعقيب، التي ينحسر عنها الرقابة الدستورية، فأياً من تصرفات المشرع بتقدير التعويض أو بما يخلعه من أوصاف على القواعد التي يسنها في مجال التعويض عن الأموال المؤممة أو تعويض الخاضعين للحراسة عن أموالهم وممتلكاتهم تخضع للرقابة القضائية الدستورية، ويلزم القضاء ببطلان تصرف المشرع في كل مرة ينطوي فيها التقدير التشريعي للتعويض على إهدار حق من الحقوق التي كفلها الدستور(٢).

إذاً القاعدة التي يمكن صياغتها في هذا المجال هي "أن التزام المشرع بالعمل على تحقيق المبادئ الدستورية في أي شأن من الشؤون التي يترخص فيها، لا يعني ترخصه في تجاوز الضوابط أو الخروج على القيود التي تضمنتها مبادئ الدستور الأخرى".

---

(١) القضية رقم١ لسنة ١ ق دستورية، المجموعة – الجزء ٣ ، ص ١٦٢ جلسة ١٩٨٥/٣/٢.

(٢) يلاحظ أن ذات المبدأ هو الذي قررته المحكمة الدستورية العليا في شأن قوانين الحراسات المدنية – على ما سبق بيانه.

وإذا كانت هذه القاعدة قد استقرت في مجال حقوق الملكية على النحو المشار إليها، فإنها قد استقرت في العديد من المجالات المتعلقة بالحقوق والحريات العامة ، مثل النظام الانتخابي، وضرورة العقوبات، وحق الخصوصية...

صفوة القول، فإن المحكمة الدستورية العليا في قضائها (البارع) في مجال حماية حقوق الملكية، قد أعلمت، - بلا شك – نظرية الغلط البين في التقدير في مجال الرقابة القضائية الدستورية، لتوكيد مبدأ الشرعية الدستورية، وكفالة احترام الحقوق والواجبات العامة. ولا يغير من الأمر شيء إن لم تستعمل هذه المحكمة عبارة الغلط البين في التقدير صراحة، إذ العبرة بالأثر المترتب على الأخذ بهذه النظرية (صراحة أو ضمناً)، والمتمثل في توسيع نطاق الرقابة القضائية الدستورية، إذ لا يتصور أن يكون استخدام المحكمة بعبارات مثل "تصادم مع مبادئ الدستور" أو "عدوان جسيم"، أو "إهدار نصوص الدستور"، لنعت تصرف المشرع إلا أن يكون ذلك أخذاً بنظرية الغلط البين في التقدير في المجال الدستوري، لأن هذه العبارات إن هي إلا معيار الغلط البين في التقدير – على ما قدمنا – على أن ثمة ملاحظة جوهرية، وهي أن رقابة الغلط البين في التقدير لا تستند إلى معايير قانونية فحسب (مثل معيار الخطأ الجسيم أو عدم المعقولية...)، بمعنى أن درجة عدم تحديد النص المطبق ليست السبب الدافع لاستعمال الغلط البين في التقدير، وهو ما يؤكده القضاء الدستوري قضاء المشروعية على السواء، ذلك أن اختلاف الرقابة يتعين أن يشمل أسباباً عملية وخاصة سياسية، وهذا ما تنطق به التطبيقات القضائية الدستورية ليس في مجال حماية حقوق الملكية – على ما قدمنا ، بل وفي مجال الحقوق والحريات العامة كقاعدة.

وفي مجال المفاضلة بين المصالح ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أن: يتبدي هذا التطبيق فيما قضت به المحكمة الدستورية العليا في

١٤/١/١٩٩٥[1]. بعدم دستورية نص البند السادس من المادة الثانية من القانون ٧٣ لسنة ٧٣ فيما تضمنه من حظر ترشيح شاغلي وظائف الإدارة العليا لعضوية مجالس إدارة شركات قطاع الأعمال التابعة .

ويمثل هذا الحكم – هو الآخر – تطبيقاً لنظرية الغلط البيّن في القضاء الدستوري، من خلال التوسع في التفسير الدستوري، فتقول المحكمة الدستورية العليا: "وحيث أن الدستور قد نص في المادة ٢٦ منه على أن يكون للعاملين في المشروعات حق الاشتراك في إدارتها ونصيب في أرباحها ... وكان الدستور من خلال ضمان حق العاملين في الإسهام في أداة الاقتصادية التي ينتمون إليها، قد كفل حقهم في الاجتماع داخل مجلس إدارتها، باعتباره تنظيماً يتبادلون فيه الآراء مع غيرهم من أعضاء المجلس حول مختلف شئونها، فما في ذلك تقييم ممارستها، وانتقاد رؤسائهم وقياداتهم إرساء للديمقراطية، وتثبيتاً لأسسها التي لا تكتمل دعائمها بغير حق الاقتراع تباشره القاعدة الأعرض من العاملين التي تمنح ثقتها لعدد من بينهم تراه أكثر تعبيراً عن مصالحها، وأصلب عوداً في الدفاع عنها. إذا كان ما تقدم، فإن الفصل في دستورية النص المطعون عليه، يتحدد على ضوء أحكام المواد ١٦، ٤٠، ٤٧، ٥٤، ٥٥، ٦٢ من الدستور، ذلك أن الإخلال بأيها عدوان عليها واقتحام لمجالاتها الحيوية التي لا تقوم إلا بها.

وبعد أن استعرضت هذه المحكمة أصول تفسير الدستور، وضرورة حمل عبارة النص على عمومها ما لم يقم دليل على تخصيصها، وضرورة ألا تحمل النصوص القانونية على غير مقاصدها وألا تفسر عباراتها بما يخرجها عن معناها أو يفصلها عن سياقها أو يعتبر تشويهاً لها، وكذلك ضمانات حرية التعبير عن الآراء طبقاً للمادة ٤٧ من الدستور وارتباطها الوثيق بالحقوق التي كفلها الدستور في مجال حرية الصحافة وحق الاجتماع وحق تكوين الجمعيات وحق الاقتراع المنصوص عليها في المواد ٤٨، ٥٤، ٥٥، ٦٢ منه وانتهت إلى مخالفة النص الطعن لهذه الحقوق، فضلاً عن مناقضته للمادة ٢٦ من الدستور.

---

(١) في القضية رقم ١٧ لسنة ١٤ ق "دستورية"

ففـي هـذه الحكـم – أيضاً – انتهي القاضـي الدسـتوري – وبحـق – إلـى التفرقة التـي قال بهـا المشرع في مجـال الترشيح لعضوية مجلس إدارة شركات قطـاع الأعمـال التابعـة، لا يستجيب للمصلحة العامـة، وأن الحل الذي لجأ إليـه المشرع باستبعاد شاغلي وظائف الإدارة العليا لم يكن هو الحل الأمثل في تنظيم حق الترشيح في هذا المجال.

وأكثر نطاق يتبدي فيه رقابة الملائمة من قبل المحكمة الدستورية العليـا مـا ذهبت إليـه فـي عدم دستورية فـرض ضـرائب علـى المـصريين العـاملين بالخـارج حيث طغت فكرتي الملائمة وكذلك الموازنـة بين المصالح[١].

ويذهب أحد الباحثين إلى ذات الفهم:[٢]

إن رقابة القضاء الدستوري الغلط البين فـي التقدير تعد مطلبـاً جوهريـاً، وضـرورة ملحـة كمظهـر مـن مظـاهر مبـدأ خـضوع الدولـة للقـانون بمـا يكفـل الاحتفاظ للنظـام الدستوري بالتوازن الذي أقامه بين السلطات، ومـن ثـم الحيلولـة دون هيمنة بعضـها على بعض، بالنظر إلى تزايد دور الحكومة في التشريعات، ومن ثم فإنه لا يوجد مـا يمنـع مـن التوسـع فـي رقابـة دستوريـة القوانين والأخذ بفكرة الغلط البين في التقدير، علـى الرغم من حداثتها وغموضـها.

ذلك لأن الأخذ بالغلط البين في التقدير في المجال الدستوري، إنمـا يـؤدي للحد من السلطة التقديرية للمشرع، كـي لا يتعسف فـي استعمالها وبالتـالي فإنـه من المناسب ظهور رقابة الغلط البين في التقدير في الحياة القانونية، حيث إنه لا يوجد ما يمنع من إثارة فرض وقوع المشرع في غلط بين في التقدير، بحيث لا ينبغي الوقوف عند التقديس الأعمى للتشريع، حيث يراقب القاضـي الدستوري السلطة التقديرية للمشرع إذا كان من شأنها الاعتداء على الدستور.

---

(١) وأنظر ذات الفهم مؤلفنـا الدفوع فـي نطـاق القـانون العـام ج٤ ص ٣٦٠ تطبيقـات أخـري للمحكمة الدستورية العليا.

(٢) د. عبدالمنعم عبد الحميد المعالجة القضائية المرجع السابق ص ٩٥.

ولقد ذهب رأي الفقه إلى أن المحكمة الدستورية العليا في مصر قد أعملت بوضوح فكرة التناسبية في مجال رقابتها على دستورية القوانين، واستقرت في قضائها على رقابة الملاءمات السياسية للتشريع، وهما الفكرتان اللتان يمكن إليهما رد رقابة الغلط البين في التقدير في المجال الدستوري.

ولكن المحكمة الدستورية العليا في مصر لم تستعمل صراحة تعبير الغلط البين في التقدير وإنما أعملت مضمون هذه الفكرة في بعض أحكامها.

ولقد أخذ المجلس الدستوري الفرنسي بالمعيار الموضوعي حيث قرر أنه "وحيث أن الطاعنين قد ذهبوا إلى أن بعض القيود الواردة على تحديد الأشخاص المقبولين للاختيار بناء على امتحان تناقض مبدأ المساواة، وحيث إنه لصعوبة فتح باب الاختيار لعدد كبير من المشاركين، الأمر الذي يجعل التنظيم والأداء مستحيلاً من الناحية العملية ، فقد سعي المشرع إلى تحديد عدد المتقدمين للوظائف مع إعطاء الأولية أو الأفضلية لأولئك الذين يفترض أنهم الأكثر خبرة والأكثر اختصاصا، ولذلك فإن النصوص المطعون عليه لا تقوم على تقدير خاطئ أو مغلوط فيه بوضوح".

ويتضح من هذا القرار أن المجلس الدستوري، على الرغم من قراره بمطابقة النصوص محل الطعن للدستور لعدم وجود غلط بين في التقدير ، إلا أنه استعمل تعبير الغلط البين – صراحة، وأخذ بمدي الغلط لبيان أن تقدير المشرع لم يكن ظاهر الغلط.

وعلى ذلك فإذا كان المجلس الدستوري الفرنسي قد نطق صراحة بعبارة الغلط البين ، فإن المحكمة الدستورية العليا قد أعملته ضمنا، ومن ذلك حكمها الصادر في ١٩٨٦/٣/١ . كما مارست المحكمة الدستورية العليا رقابة التناسب، وذلك في حكمها الصادر في ١٩ مايو ١٩٩٠ حيث قضت المحكمة بأنه "إذا حدد المشرع للمرشح الفردي مقعداً واحداً في كل دائرة من الدوائر الانتخابية على ما بينها من تفاوت في عدد المواطنين بها وخص مرشحي القوائم الحزبية

بباقي المقاعد النيابية ، فإنه يكون بذلك قد جعل التفاوت في عدد المواطنين هو الأساس في تحديد عدد المقاعد المخصصة لمرشحي القوائم الحزبية دون أن يكون لذلك أي آثر بالنسبة للمرشحين طبقاً لنظام الانتخاب الفردي الذي يتنافس فيه المستقلون مع غيرهم من أعضاء الأحزاب السياسية على مقعد واحد حدده المشرع بطريقة تحكمية في كل دائرة انتخابية أياً كان عدد المواطنين بها مخالفاً بذلك – وعلى غير أسس موضوعية – القاعدة العامة التي اتبعها في تحديد عدد المقاعد النيابية في كل دائرة انتخابية بما يتناسب مع عدد السكان فيها الأمر الذي يتضمن بدوره إخلالاً بمبدأ المساواة في معاملة الفئتين من المرشحين"، وأضافت المحكمة إلى ذلك سبباً آخر لعدم دستورية النص، وهو أنه عندما جعل المقعد الوحيد المخصص لنظام الانتخاب الفردي في دائرة انتخابية مجالاً للمنافسة بين المرشحين من أعضاء الأحزاب والمرشحين غير المنتمين لهذه الأحزاب، فإنه يكون بذلك قد أتاح لكل من مرشحي الأحزاب السياسية إحدى فرصتين للفوز بالعضوية: إحداهما بوسيلة الترشيح بالقوائم الحزبية، والثانية عن طريق الترشيح للمقعد الفردي، بينما جاءت الفرصة الوحيدة المتاحة للمستقلين قاصرة يتنافس فيها المرشحون من أعضاء الأحزاب السياسية، مما ينطوي على التمييز بين الفئتين في الفرص المتاحة للفوز بالعضوية، ويتعارض بالتالي مع مبدأ تكافؤ الفرص المنصوص عليه في الدستور، وذلك كله دون أن يكون التمييز في معاملة الفئتين من المرشحين وفي الفرص المتاحة للفوز بالعضوية في جميع الوجوه المتقدمة مبرراً بقاعدة موضوعية ترتد في أساسها إلى طبيعة الترشيح ما تقتضيه ممارسته من متطلبات والتي يتحقق من خلالها تكافؤ في الفرص والمساواة أمام القانون"(١).

ويتضح من هذا الحكم أن المحكمة الدستورية العليا لم تتردد في رقابة التناسب بين الدوائر الانتخابية في انتخابات مجلس الشعب، ولا شك أن هذا

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٣٧ لسنة ٩ ق "دستورية" ، جلسة ١٩٩٠/٥/١٩، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الرابع، ص ٢٥٦.

الحكم يعد نموذجاً لإعمال نظرية الغلط البين في التقدير، لأن المحكمة الدستورية العليا وقد ألغت الحل التشريعي الذي أخذ به القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ المعدل بالقانون ١٨٨ لسنة ١٩٨٦، فلأنه لم يكن – ويحق – الحل الأمثل الواجب الإتباع في تنظيم حق الترشيح والانتخاب وفق القيود والضوابط الدستورية التي لا تجيز له – كقاعدة – الانتقاص من هذا الحق أو الجوار عليه ونقضه، مشيرة "ضمنياً" إلى أنه الأجدر بالمشرع أن يراعي المساواة التقريبية في تحديد المقاعد النيابية، وهو ما كان يتطلب التوسع في عدد الدوائر الانتخابية، وهكذا تكون المحكمة الدستورية العليا من خلال رقابة الغلط البين في التقدير قد أعلنت أن التفرقة التي قال بها المشرع – في النص الطبيعي – لا تستجيب للمصلحة العامة، ومن ثم قضت بإلغائه.

وهكذا تكون المحكمة الدستورية العليا قد أعملت – بوضوح – فكرة التناسبية في مجال رقابتها على دستورية القوانين، وهي أحدي الأفكار التي يمكن إليها رد رقابة الغلط البين في التقدير في المجال الدستوري، وإذا كان المجلس الدستوري قد اعتنق المعيار الموضوعي للغلط البين في التقدير، فإن المحكمة الدستورية العليا في مصر قد اعتنقت أيضاً هذا المعيار الموضوعي للغلط البين في التقدير(١).

كما ذهب أحد كبار الفقهاء(٢) إلى:-

لا تراقب المحكمة الدستورية العليا السلطة التقديرية للمشرع إلا إذا كان من شأنها الاعتداء على أحكام الدستور ولا تشير المحكمة إلى فكرة التناسب أو الخطأ البين في التقدير لبيان ما إذا كان النص التشريعي يحقق الغاية التي أرادها المشرع أم لا.

من ذلك ما قضت به المحكمة في ٩ مايو ١٩٨١ من أنه "لا وجه للقول

---

(١) د. زكي النجار: فكرة الغلط البين، المرجع السابق، ص ٢٦٨ ، ٢٧٧، ٢٧٨.
(٢) د. محمد عبداللطيف التصحيح التشريعي ص ٢٠٢.

بأن المشرع قد انحرف في استعمال سلطته التقديرية إذ غالي في زيادة سعر الضريبة على شرائح الإيراد العام إلى حد يقرب من مصادرته برفعه إلى ٩٥% على الشريحة الأخيرة طبقاً للقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٥، ذلك أنه وقد ثبت على ما تقدم أن النهج الذي اختاره المشرع في تحديد سعر الضريبة على الإيراد العام لا يؤدي إلى المصادرة ولا يخالف أحكام الدستور، فإن ما ينعاه المدعى في هذا الصدد ينحل في واقعة إلى خوض في سياسة المشرع الضريبية، الأمر الذي تستقل به السلطة التشريعية التي عهد إليها الدستور رسم هذه السياسة وتعديل مسارها طبقاً لما يتطلبه الصالح العام بحكم وظيفتها التمثيلية للشعب، وبالتالي ما ينعاه المدعى على النص المطعون عليه في هذا الشأن يكون بدوره غير سليم"[١]. وهكذا الحكم موضع نظر، لأنه وإن كان النص المطعون عليه لا يؤدي إلى المصادرة، إلا أنه من المشكوك فيه أن لا يخالف المادة ٣٨ من الدستور والتي تنص على أن النظام الضريبي يقوم على العدالة الاجتماعية، لأن زيادة سعر الضريبة إلى ٩٥ % على الشريحة الأخيرة من الإيراد العام إنما يعد مبالغاً فيه بدرجة كبيرة Trop excessive ، وهو ما يعد خطأ بينا في التقدير لا يستهدف تحقيق العدالة الاجتماعية التي يقوم عليها النظام الضريبي.

وتجد رقابة الخطأ البين في التقدير مجالاً خصباً في قوانين التصحيح التشريعي.

الخطأ البين في التقدير والتصحيح التشريعي:

لجأ المجلس الدستوري إلى فكرة الخطأ البين في التقدير في قوانين التصحيح أول مرة في حكم ٢٤ يوليو ١٩٨٥ . فقد نصت المادة ١٢٢ من قانون ٢٥ يوليو ١٩٨٥ على الإبقاء على المجلس الأعلى للجامعات لمدة عام، كما قررت أيضاً تصحيح كافة القرارات الفردية الصادرة استنادا إلى آراء

---

(١)م.د.ع.، ٩ مايو ١٩٨١، ج ١، ص ١٧٩.

ومقترحات المجلس. وقد رأي أعضاء مجلس الشيوخ الذين طعنوا بعدم دستورية هذه النصوص، أنه كان من الممكن إنشاء مجلس آخر وأن يتم انتخابه دون حدوث اضطراب في سير المرفق العام.

غير أن المجلس لم يؤيد هذا الاعتراض. فمن ناحية، بين المجلس من خلال الأعمال التحضيرية للقانون، الأسباب التي دفعت بالحكومة إلى اقتراح هذا القانون، وهي أنه حتى يتم وضع نظام جديد للمجلس الأعلى للجامعات يأخذ في الاعتبار حكم مجلس الدولة فإن من شأن التصحيح التشريعي أن يسمح لها باتخاذ القرارات العاجلة التي تتعلق بالسلك الوظيفي للموظفين بالجامعات، كما أنه وعلى وجه الخصوص إذا لم يتم صدور قرارات التعيين والتي تصل إلى ألف قرار، فإن العام الجامعي التالي سيكون مضطرباً، وأن صدور مرسوم جديد يتعلق بالمجلس الأعلى للجامعات يتطلب أخذ رأي بعض الجهات التي حددها القانون، وأن الأعداد لانتخابات جديدة يتطلب مراعاة المدد الواردة في القانون وبالتالي فإن الإبقاء على المجلس القائم وتصحيح القرارات الصادرة أو التي تصدر منه حتى نهاية يونيو ١٩٨٦ يكون ضرورياً للمحافظة على استمرار سير المرافق. ويلاحظ المجلس ثانياً، أن هذه الأسباب لم يفندها الطاعنون بعدم دستورية القانون وأنه يجب بالتالي قبولها.

ويخلص المجلس الدستوري مما تقدم، إلى أن المشرع بالإبقاء على المجلس الأعلى للجامعات لمدة مؤقتة ، قد قصد ليس إهدار حكم مجلس الدولة أو الإخلال بمبدأ الفصل بين السلطات. وإنما إلى تنظيم مركز وفقاً لمتطلبات المرفق العام والمصلحة العامة، وأن المشرع قد حدد مدة مؤقتة تسري خلالها الأحكام الانتقالية، فإنه لا يكون قد ارتكب أي خطأ في التقدير.

وقد أكد المجلس هذا القضاء في أحكام تالية[١].

---

(١) د. محمد عبداللطيف المرجع السابق ص ٢٠٥.

وفى تحليله لقضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر ذهب أحد كبار الفقهاء[١] إلى:-

سار القضاء المصري على تقرير عدم اختصاصه بفحص مدي ملاءمة التشريع أو عدم ملاءمته، وضرورته أو عدم ضرورته، ويتبين هذا الاتجاه في قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية، والمحكمة العليا، قبل إنشاء المحكمة الدستورية العليا عام ١٩٧٩. كما أن المحكمة الدستورية العليا قد سارت في ذات الطريق زمناً طويلاً، غير أننا وجدنا بعض الأحكام الأخيرة الصادرة منها قد سمحت لنفسها أن تفحص مدي ملاءمة التشريع لظروف المجتمع السائدة ومن ثم تقرر عدم دستوريته بالاستناد إلى وسائل أخري.

وبعد أن استعرض الفقيه الكبير تطورات القضاء الدستوري في هذا الخصوص ذهب:-

ويتضح مما سبق أن القضاء الدستوري إذا كان لا يراقب مدي ملاءمة التشريع أو ضرورته، إلا أنه يراقب الغاية التي وضع من أجلها التشريع ذلك لأن مخالفة التشريع للدستور تعني مخالفة نص فيه لحكم أو أكثر من أحكام الدستور، ومادام أن المشرع الدستوري لم يقيد السلطة التشريعية بنص محدد بوجوب تنظيم مسألة من المسائل على نحو معين، امتنع تقرير عدم دستوريته، اللهم إلا إذا ثبت أن المشرع استهدف تحقيق غاية أخري غير الصالح العام من وراء إقراره لهذا التشريع، وهنا يتحقق عيب الانحراف باستعمال السلطة[٢].

وإذا كان الأصل – كما تقول المحكمة الدستورية العليا المصرية في العديد من أحكامها – في سلطة المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية ما لم يقيدها الدستور بضوابط معينة ترسم تخومها ، فلا يكون الإخلال

---

(١) د. عادل الطبطبائي الحدود الدستورية بين السلطة التشريعية والسلطة والقضائية مجلس النشر العلمي بالكويت سنة ٢٠٠ ص ٥٠٠.

(٢) أنظر في ذلك ، دكتور عادل الشريف، المرجع السابق، ص ٣٧٠، والدكتور محمد ماهر أبو العينين المرجع السابق، ص ٢٩٦ وما بعدها.

بها إلا عدواناً على هذه الحقوق سواء من طريق تهميشها أو بإهدار مجالاتها الحيوية التي لا تتنفس إلا من خلالها[(١)]. فإنه يترتب على ذلك حق المشرع بممارسة سلطته التقديرية في حالة عدم وجود قيود عليه من قبل المشرع الدستوري، فإذا ما استخدم المشرع حقه في اختيار أنسب الحلو التي يراها محققة للصالح العام في موضوع التشريع الذي يقوم بسنه، فلا يجوز إذن للقاضي الدستوري أن يتدخل ويحل تقديره محل المشرع بحجة أن الحل الذي تبناه المشرع لم يعد يصلح للوقت الحالي، أو لا يتفق مع ظروف المجتمع وتطوره، ذلك لأن من يملك تقدير المصلحة العامة المحققة لصالح المجتمع، بغير انحراف هو المشرع وحده في هذه الحالة.

فإذا كان هذا هو الأصل فيما نراه، فإننا نجد المحكمة الدستورية العليا المصرية تحل إرادتها محل إرادة المشرع معتبرة أن التنظيم الذي جاء به لم يعد صالحاً للمجتمع، وغير ملائم لظروفه الراهنة، وبذلك تدخلت المحكمة تخوم الملاءمة السياسية الواجب عليها أن تبقي خارج حدودها.

ففي حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٤/٦/٢٠[(٢)] ذهبت إلى (وحيث أن موضوع تنظيم الحقوق وإن كان يدخل في نطاق السلطة التقديرية التي يمارسها المشرع وفق أسس موضوعية ولاعتبارات يقتضيها الصالح العام إلا أن هذا التنظيم يكون مجانباً أحكام الدستور منافياً لمقاصده إذا تعرض للحقوق التي تناولها – سواء بإهدارها أو بالانتقاص منها . متى كان ذلك، وكان القانون المطعون فيه قد أكد – بعنوانه وحقيقة مضمونه – أنه توخي بمادته الأولي تعديل الشروط التي تطلبتها المادة الأولي من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ لقيام الحق في الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير، مقيداً بذلك من نطاق تطبيقها، ومحدثاً تغييراً جوهرياً في عناصر هذا الحق، ومخلاً بالتالي بالمركز القانوني

---

(١) أنظر على سبيل المثال حكمها في القضية رقم ١٣٠ لسنة ١٨ قضائية – دستورية، جلسة ١٩٩٧/٩/١ الجريدة الرسمية، العدد ٢٧ بتاريخ ١٩٩٧/٩/١١.

(٢) المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم ٣٤ لسنة ١٣ ق / دستورية، جلسة ١٩٩٤/٦/٢٠.

للمؤمن عليهم الذي عناهم هذا القانون وعلق حقهم في الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير على استيفاء الشروط التي تطلبها والتي يعد ذلك القانون مصدراً مباشراً لها، وكان التعديل في هذا المركز – الذي نشأ مكتملاً مستوفياً لعناصره جميعها قبل نفاذ القانون المطعون فيه – مؤداه الحتمي – حرمان فئة من المؤمن عليهم من المزايا التأمينية التي كفلها لهم القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ قبل تعديل مادته الأولي، ويتمخض بالتالي عدواناً على حقوقهم الشخصية التي سعي الدستور إلى صونها ، فإن القانون المطعون فيه يكون قد تجاوز نطاق السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق باقتحام المجال الذي يؤكد جوهرها ويكفل فعاليتها).

ويري البعض أن المحكمة بحكمها هذا قد اتجهت اتجاها جاداً نحو رقابة الانحراف التشريعي، بل أنها خطت خطوات واسعة نحو فرض رقابة داخلية على السلطة التقديرية للمشرع، ليس فحسب ، بل راقبت كذلك مقاصد التشريع، وما إذا كان متفقة مع الأهداف العامة التي أشار إليها الدستور(١).

أما حكمها الصادر عام ١٩٩٦ الخاص بعدم دستورية بعض نصوص قانون الأحوال الشخصية، فقد صرحت المحكمة فيه بكل وضوح أن الحل الذي اختاره المشرع لا يتفق مع حاجات المجتمع وتطوره، وبذلك فرضت رقابتها على هذا الحل وقضت بعدم دستورية النصوص المطعون فيها.

ففي الطعن بعدم دستورية المادة ١٨ مكرر (ثالثا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية والذي انتهت فيه المحكمة الدستورية العليا المصرية إلى عدم دستورية المادة المشار إليها فيما تضمنته من:-

---

(١) أنظر الدكتور محمد مصطفى حسن: تطورات الرقابة على دستورية القوانين. التعليق على حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلسة ١٩٩٤/٦/٢٠ في القضية رقم ٣٤ لسنة ١٣ ق دستورية ، مجلة إدارة قضايا الدولة، ع ٢، س ٤٣، ص ٥٢ وما بعدها.

أولاً: إلزامها المطلق بتهيئة مسكن مناسب لصغاره من مطلقته حاضنتهم ولو كان لهم مال حاضر يكفي لسكناهم، أو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه، مؤجراً كان أم غير مؤجر.

ثانياً:- تقييدها حق المطلق – إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً – بأن يكون إعداده مسكناً مناسباً لصغاره من مطلقته وحاضنتهم، واقعاً خلال فترة زمنية لا يتعداها نهائياً عدة مطلقته[1].

وذهبت المحكمة إلى :-

وحيث أنه متى كان ما تقدم ، وكان اختصاص صغار المطلق بمسكن الزوجية، مقيداً بتراخيه في أن يوفر لهم مسكناً مناسباً يكون بديلاً عنه، فإن استقلالهم به يغدو متصلاً بنفقتهم، مترتباً على الإخلال بإيفائها، بعد أن غض أبوهم بصره عن إحياء صغاره، ليكون استمرارهم في شغل مسكن الزوجية، عائداً في مصدره المباشر إلى نص القانون، وعلى ضوء الموازنة التي أجراها المشرع بين مصلحة المطلق في أن يظل مقيماً بهذا المسكن من دون صغاره، ومصلحتهم في البقاء فيه من دونه، مرجحاً – في نطاق سلطته التقديرية في مجال تنظيم الحقوق – ثانيتهما، باعتبار أن تفويتها يلحق بصغاره مضاراً لا حد لها، ولأن الأضرار حين تتزاحم، فإن اختيار أهونها دفعاً لأعظمها خطراً وأفدحها أثراً، يكون لازماً، وواقعاً فيه نطاق الوظيفة الاجتماعية للملكية، والتي يحدد ولي الأمر إطارها وتوجيهاتها.

وحيث أن إعمال الفقرة الثالثة من النص المطعون فيه – محدد إطاره على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا – يفترض أن المطلق قد تراخي عن أن يعد مسكناً مناسباً لصغاره من مطلقته، رغم قيام الدليل على أنهم لا يملكون

---

(١) قضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية، دستورية، جلسة ١٩٩٦/١/٦، الجريدة الرسمية، العدد ٣ بتاريخ ١٩٩٦/١/١٨.

- أنظر بنفس المعني حكمها في القضية رقم ٨٢ لسنة ١٧ قضائية – دستورية – جلسة ١٩٩٧/٧/٥ ، الجريدة الرسمية، العدد ٢٩ بتاريخ ١٩٩٧/٧/١٩.

مالاً حاضراً يدبرون منه سكناهم، وليس لحضانتهم مسكن تقيم فيه ويؤويهم تبعاً لها – فإن اختصاصهم – من دون أبيهم – بمسكن الزوجية، يكون لازماً.

وحيث أن البين من الأعمال التحضيرية لهذه الفقرة – حسما تضمنتها مضبطة الجلسة الثامنة والتسعين لمجلس الشعب المعقودة في أول يوليو سنة ١٩٨٥ – أن حكمها لم يكن وارداً في مشروع القانون المعروض بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، وإنما اقترحها أحد أعضاء هذا المجلس تخييراً للحاضنة بين الاستقلال مع الصغار بمسكن الزوجية وبين أن يقدر القاضي لها وللمحضونين أجر مسكن مناسب وكل ذلك من المشرع بحسبان أنها قد تؤثر الانتقال مع الصغار إلى ذويها طلب لمداهم وعونهم، وقد يكون لها مسكنها ويريحها أن تظل فيه ، باقتراض أن انتقالها منه إلى مسكن الزوجية قد يؤذيها أو يرهقها، وقد يروعها – بما يقوض سكينتها وصفاء نفسها – فيما إذا كان أهل المطلق أولو بأس شديد، فلا تخلص – إزاء اضطرابها – لمحضونيها ، ولا تمنحهم من اهتمامها ما يستحقون، ولا تعينهم على قضاء حوائجهم بما يكفيها فإن إختيارها أحد هذين البديلين – مسكن الزوجية أو أجر مسكن مناسب لها وللمحضونين لا يكون مناقضاً أحكام الدستور – ومن بينها مادته الثانية – باعتباره مقرراً لمصلحة لها اعتبارها، وإهمالها يلحق الضرر بها وبمحضونيها).

ويتضح لنا من دراسة الحكم السابق – الذي حرصنا على إيراد حيثياته شبه كاملة – أن المحكمة الدستورية العليا المصرية قد أحلت إرادتها محل إرادة المشرع عندما اختارت أحد الآراء الفقهية الإسلامية التي قيلت في شأن النفقة واعتبرته الرأي الذي يتفق مع حاجات المجتمع، فإذا كان المشرع يملك وحده الاختيار بين عدة وسائل لتنظيم حق معين بما يكفل الصالح العام . فإذا ما قام بذلك، فلا يحق للقضاء الدستوري أن يتدخل في فحص مدي ملاءمة الحل الذي تبناه، طالما أنه ينصرف بقيده أو غايته عن تحقيق الصالح العام. ذلك لأن مثل هذا التقدير تختص السلطة التشريعية وحدها القيام به، ويعتبر من سلطاتها

التقديرية التي لا يملك القضاء التعقيب عليها. فإذا ما رأت السلطة التشريعية أن بعض الاعتبارات السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية تدعوها إلى إصدار تشريع معين ، فإنما تكون قد قدرت مدي ملاءمة ذلك من هذه النواحي ، ولا يحق للقضاء من ثم أن يتدخل لتقويم هذه الاعتبارات ، وإلا اعتبر ذلك مصادرة لحق المشرع في تقدير كيفية مباشرته لاختصاصاته التي حددها له المشرع الدستوري.

فإذا ما تغيرت الاعتبارات التي حدت بالمشرع إلى إصداره لقانون معين، فإنه وحده يثبت إليه الحق في تقدير مدي ملاءمة الاعتبارات الجديدة لتعديل القانون الذي أصدره، ومهما تصادمت هذه الاعتبارات الجديدة مع نصوص القانون القائم، فلا يحق للقضاء أن يعتبر ذلك مدخلاً له لتقدير مدي ملاءمتها لظروف المجتمع، لأنه بذلك يحل بإرادته محل إرادة المشرع، وتقدير لمدي ملاءمة إصدار التشريع محل إرادة السلطة التشريعية.

ومن الواضح باستقراء الحكم السابق للمحكمة الدستورية العليا المصرية، كيف أنها تبنت رأياً فقهياً في مسألة النفقة اعتبرته الحل الذي يتفق مع ظروف المجتمع المستجدة ، وأنه أسهل للعباد ، وييسر شؤونهم، وحكمت بعدم دستورية النص لمخالفته لأحكام الدستور وأحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الأساسي للتشريع في مصر، لمجرد أنه لا يتفق مع الرأي الفقهي الذي قدرت المحكمة أنه الأكثر توافقاً مع مصالح المجتمع.

وإذا كنا نتفق مع المحكمة الدستورية العليا المصرية أن الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها، لا تحتمل التأويل والتبديل ، ومن غير المتصور بالتالي أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير الزمان والمكان، وأن الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلالتها أو بهما معاً، تقع في دائرة الاجتهاد، وهي بطبيعتها أحكاماً متطورة متغيرة بتغير الزمان والمكان، لضمان مرونتها وحيويتها. وإذا كنا نتفق معها أيضاً فيما قررته من أن أية قاعدة قانونية، ولو كان العمل قد استقر عليها أمد لا تحمل في ذاتها ما يعصمها عن العدول عنها، وإبدالها بقاعدة

جديدة لا تصادم حكماً شرعياً قطعياً في وروده ودلالته . وتكون في مضمونها أرفق بالعباد، وأحفل بشئونهم، وأكفل لمصالحهم الحقيقية التي تشرع الأحكام لتحقيقها، وبما يلائمها، إلا أننا لا نتفق ، بعد ذلك فيما انتهت إليه من عدم إقرارها بالمبدأ أنه إذا اختار ولي الأمر رأياً في المسائل الخلافية فإنه يترجح، مبررة رفضها لهذه القاعدة بالقول (بأن الترجيح عند الخيار بين أمرين، لا يكون إلا بإتباع أيسرهما ما لم يكن إثماً، فلا يشرع ولي الأمر حكماً يضيق على الناس، أو يرهقهم من أمرهم عسراً، لتكون معيشتهم ضنكاً وعوجاً، بل يتعين أن يكون بصيراً بشؤونهم بما يصلحها، فلا يظلمون شيئاً). فالمحكمة بهذا التقرير تكون قد دخلت في نطاق الملاءمة التشريعية، وأحلت إرادتها محل إرادة المشرع فيما يراه ملائماً للمجتمع في تبنيه هذا الرأي أو ذلك. صحيح أن المشرع عليه أن يختار أيسر السبل وأسهلها على العباد، إلا أن له وحده تقدير هذه السبل، ولا يمكن أن يتدخل القاضي الدستوري ليفرض على المشرع عملية الاختيار هذه.

والواقع أنه في ظل الدساتير التي تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع ، يكفي السلطة التشريعية أن تتبنى رأياً فقهياً إسلامياً لكي لا يخرج عن دائرة الحكم الشرعي، مهما بلغت قوة هذا الرأي. فمن الآراء ما قد يعتبر اليوم مرجوحاً، يعتبر غداً راجحاً، بحكم كونه أكثر اتساقا مع ظروف المجتمع وحاجاته، كما تقول المحكمة نفسها في العديد من أحكامها. فإذا ما تبنت هذا الحكم الشرعي ، فإنها بذلك تكون قد استوفت الشرط الدستوري لصحته من حيث كون الشريعة الإسلامية مصدره. فلا يجوز إذن للقاضي الدستوري أن يختار رأياً فقهياً آخر ويعتبره الأكثر اتساقا مع ظروف المجتمع، ويقرر بالتالي عدم دستورية النص القائم والذي بني على رأي فقهي آخر.

ونعتقد أن المحكمة الدستورية العليا المصرية كان بإمكانها التوصل إلى نفس النتيجة التي انتهت إليها من الحكم بعدم دستورية النص المطعون فيه، لو أنها اكتفت بما سبق وأن قررته في حكمها من أنه (إذا كان تنظيم الحقوق لا يجوز لغير مصلحة واضحة يقوم الدليل على اعتبارها، وكان من غير

المتصور أن يكون أمر المطلق رهباً سواء من خلال تنظيم تشريعي جائز (!). أو عن طريق إساءة الصغار أو حاضنتهم، استعمال حقهم في النفقة إضراراً بأبيهم، وكان من المقرر أن مسكنا مناسباً يتهيأ لهم من أبيهم سواء قبل انتهاء عدة مطلقته أو بعدها ، هو ما تقوم به مصلحتهم في النفقة التي لا يجوز ربطها على الإطلاق بما إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً أو غير مؤجر، إذ لا شأن لذلك بحق الصغار في نفقتهم، ولا هو من مقاصدها).

فهذا السبب يكفي لوحده – بنظرنا – لتقدير عدم دستورية النص، دون حاجة للدخول في مدي ملاءمة التشريع لحاجات المجتمع المتطورة.

وسارت المحكمة الدستورية العليا المصرية في اتجاهها بالرقابة على مدي ملاءمة التشريع عندما أكدت في أحد أحكامها الحديثة بأن:-

(الأصل في سلطة المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية ما لم يقيدها الدستور بضوابط محددة تعتبر تخوماً لها لا يجوز اقتحامها أو تخطيها ، ويتمثل جوهر هذه السلطة – وعلى ما جري به قضاء هذه المحكمة – في المفاضلة بين البدائل المختلفة التي تتزاحم فيما بينها وفق تقديره على تنظيم موضوع محدد، فلا يختار من بينها إلا ما يكون منها عنده مناسباً أكثر من غيره لتحقيق الأغراض التي يتوخاها، وكلما كان التنظيم التشريعي مرتبطاً منطقياً بهذه الأغراض – وبافتراض مشروعيتها – كان هذا التنظيم موافقاً للدستور، والمباني التي يقيمها أصحابها بدون ترخيص، أو نكولاً عن الأسس الفنية لمتانتها والأوضاع التنظيمية التي تفرضها القيم المالية والحضارية التي ينبغي أن تهيمن عليها، وتكفل اتساقها مع بعضها البعض، لا تعدو في الأغلب أن تكون عملاً عشوائياً يهدد بتداعيها، أو ينتقص من مقوماتها، بما يخل بأمن سكانها وجيرانهم ويحتم إخلاءها وتلك جميعها مخاطر تدخل المشرع لتوقيعها درءاً لمفاسدها، وبما لا إخلال فيه بالدستور)[1].

---

(١) المحكمة الدستورية العليا المصرية، قضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ ق / دستورية ، جلسة ١٩٩٧/٧/٥، مجلة هيئة قضايا الدولة، ع ٤، س ٤١ ١٩٩٧، ص ١٠٣.

إن المحكمة لا تزال في هذا الحكم تفرض رقابتها على مدي ملاءمة الحل الذي اختاره المشرع، ومدي اتساقه – من وجهة نظرها – مع احتياجات المجتمع ونطوره. وإذا كانت لم تر ، في الحالة المعروضة عليها خروجاً على المبدأ الذي قررته، فهي دون شك ، تفرض رقابتها على الحل الذي تبناه المشرع.

وإذا كانت المحكمة الدستورية في حكمها السابق، ق سمحت لنفسها باختيار بعض الحلول التي تراها أكثر اتساقا مع حاجات المجتمع وتطوره، فإنها لم تقف عند هذا الحد، وإنما مدت سلطتها التقديرية إلى أحكام الدستور ونصوصه هذه المرة ، فإذا كانت السلطة التأسيسية الأصلية هي المعبرة عن الإرادة الشعبية بشكل نصوص الدستور، فإن القول بأن نصوص الدستور لم تعد ملبية للفكرة السياسية للمجتمع يعني تدخلاً في نطاق هذه السلطة المؤسسة، إذ يعود لها وحدها حق إلغاء الدستور أو تعديله بما يستجيب للمتطلبات المتغيرة للمجتمع.

وإذا كان من حق القضاء الدستوري أن ينظر إلى نصوص الدستور نظرة مرنة فيفسرها التفسير الذي يتفق مع تطور المجتمع، إلا أن ذلك مقيد بالفلسفة السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي يتبناها. أما الخروج عن إطار هذه الفلسفة وإلباس النصوص أفكاراً لم ترد في خلد السلطة التأسيسية الأصلية وهي دضع الدستور فمما لا شك فيه أن ذلك يعتبر اعتداء على اختصاصات السلطة التأسيسية الأصلية.

وعلى ضوء القواعد السابقة يمكننا تقييم مسلك المحكمة الدستورية العليا المصرية بصدد نظرتها لأحكام الوثيقة الدستورية، إذ تقول في حكم لها أن (النصوص لدستورية لا يجوز تفسيرها باعتبارها حلاً نهائياً ودائماً لأوضاع اقتصادية جـ.ز الزمن حقائقها، فلا يكون تبنيها والإصرار عليها، ثم فرضها بآلية عمياء إلا حرثاً في البحر، بل يتعين فهمها على ضوء قيم أعلي غايتها تحرير الوطن والمواطن سياسياً واقتصاديا) و (بأن قهر النصوص الدستورية

لإخضاعها لفلسفة بذاتها، يعارض تطويعها لآفاق جديدة تريد الجماعة بلوغها، فلا يكون الدستور كافلاً لها، بل حائلاً دون ضمانها)(١).

إن تحليل هذا الحكم يعني من وجهة نظر المحكمة، إن نصوص الدستور لا تشكل الحل النهائي الذي ارتضاه الشعب لنظام الحكم والأوضاع الاقتصادية والاجتماعية التي اختارها، وإنما يجوز تطويع هذه النصوص لتتوافق مع الآفاق الجديدة التي يريد المجتمع بلوغها.

وإذا كنا نتفق مع المحكمة فيما انتهت إليه من أن نصوص الدستور لا تعتبر حلاً نهائياً لأوضاع جاوزها الزمن، إلا أننا لا نتفق معها، بأن من يقرر ذلك هو المحكمة الدستورية، ذلك لأن الأخذ بهذا الاتجاه يعني إمكان إحلال فلسفة سياسية واقتصادية جديدة غير تلك التي تبنتها السلطة التأسيسية الأصلية، وبغير الطريق الذي رسمه الدستور. إذ يتم هذا الإحلال عن طريق إرادة القاضي الدستوري الذي يعتبر النصوص الدستورية وفقاً لما يراه هو متفقاً مع تطور المجتمع، وبمقدار ما تلبيه هذه النصوص من حاجاته المتطورة.

ولا شك أن هذا الاتجاه أشد خطورة، وأبعد أثراً من الاتجاه السابق الذي أحل القاضي نفسه محل المشرع العادي باختيار البدائل التي يراها أكثر اتفاقا مع حاجات المجتمع. إذ هو في الحالة محل البحث إنما يحل نفسه محل إراده السلطة المؤسسة، معبراً عنها بإرادته هو، مقرراً أن نصوص الدستور لم تعد تتفق مع الفلسفة الجديدة السائدة في المجتمع، وبذلك يعدل الدستور بدون إتباع الإجراءات المنصوص عليها فيه، مخالفاً بذلك فكرة الدستور الجامد.

كما أن المحكمة الدستورية العليا لم تجد حرجاً بأن تنقل نظرية الغلو المعروفة في القضاء الإداري، والخاصة بالعقوبات التأديبية التي توقعها الإدارة على موظفيها، نقول لم تجد حرجا من نقلها إلى نطاق القضاء الدستوري في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٨/٦/١٨، ومن المعروف أن هذه النظرة تسمح

---

(١) قضية رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية دستورية، جلسة ١٩٩٧/٢/١.

بالرقابة على مدي ملاءمة العقوبة التأديبية للخطأ المنسوب إلى الموظف. ولا شك أن نقل هذه النظرية إلى ميدان القانون الدستوري يعني بكل وضوح تبني المحكمة الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، ، وتدخلها في ميدان الملاءمة السياسية التي هي من أخص اختصاصات السلطة التشريعية.

وقد جاء في هذا الحكم[1] (المشرع عدد بنص المادة (١٤) المطعون عليها صور الجزاء التي قرر توقيعها بكاملها على المخالفين لحكمها، فلم يقصرها على الغرامة التي فرضها، وعلى أداء في الضريبة مع زيادة تعادل ثلاثة أمثالها، أو مضاعفتها في حالة العود. وإنما ضم إلى هذين الجزائين عقوبة غلق المحل، وكذلك أية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر، وكانت صور الجزاء هذه – مع تعددها وتفاوتها فيما بينها في مداها – قد فرضها جميعاً قانون ضريبة الملاهي في شأن أفعال يأتيها المخالفون لأحكامه، ولا تتحد فيما بينها سواء في عناصرها أو قدر خطورتها، أو الآثار التي ترتبها، بل يتصل الجزاء بهذه الأفعال جميعها ليسمها بوطأته، سواء كان التورط فيها ناشئاً عن عمد أو إهمال أو عن فعل لا يقترن بأيهما، متوخياً التدليس على القائمين على تنفيذ قانون الضريبة عن طريق إخفاء بياناتها، أو عرض ما هو غير صحيح منها، قصد التخلص منها كلها أو بعضها واقتناص مبلغها، أو منتهياً إلى مجرد التأخير في توريدها، وسواء كان هذا التأخير عرضياً أو مقصوداً، محدوداً بفترة زمنية ضيقة، أو مترامياً، مستنداً إلى قوة قاهرة، أو مجرداً مما يعد ظروفاً مفاجئاً أو طارئاً، فلا يظهر نص المادة (١٤) المطعون عليها – ومن خلال تعدد صور الجزاء التي فرضتها وتعلقها بأفعال تتنافر خصائصها وعواقبها – إلا متجاوزاً بمداه حقائق هذه الأفعال ومكوناتها،

---

(١) المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ ق. دستورية ، جلسة ١٩٩٨/٦/٦. مجلة هيئة قضايا الدولة، ع ٤ س ٤٢، ١٩٩٨، ص ٧٥ وما بعدها.

- أنظر تعليق الدكتور عبدالفتاح عبدالحليم عبدالبر على هذا الحكم بعنوان (الغلو في الجزاء في مجال التشريع) منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة، ع١، س ٤٣، ١٩٩٩، ص ٢٤ وما بعدها، حيث يؤيد اتجاه المحكمة في توسيع نطاق رقابتها.

نابذاً تحديد جزاء لكل منها بما يناسبها ، فلا يزنها بالقسط، بل يقيس أقلها خطراً على أسوئها مقصداً، ويعاملها جميعاً باقتراض وحدة مضمونها وآثارها. وليس ذلك إلا غلواً منافياً لضوابط العدالة الاجتماعية التي أرستها المادة (٣٨) من الدستور، لتقيم عليها النظم الضريبية جميعها، وما يلحق بها من الأعباء المالية التي عددتها المادة (١١٩) من الدستور.

وإن (النصوص القانونية لا تؤخذ إلا على ضوء ما يتحقق فيه معناها، ويكفل رابط مقدماتها بنتائجها، وكان الأصل في صور الجزاء الا تتزاحم جميعها على محل واحد بما ينبئ بها عن موازين الاعتداء، وإلا يتعلق جزاء منها بغير الأفعال التي تتحد خواصها وصفاتها، وبما يلائمها، فلا يكون من أثره العدوان دون مقتضي على حقوق الملكية الثابتة لأصحابها، وكان ذلك مؤداه أن الجزاء لا يجوز أن يكون خطراً، ولا فاسداً مغبة . بل ينبغي أن يوازن المشرع قبل تقريره، بين الأفعال التي يجوز أن يتصل بها، وأن يقدر لكل حال لبوسها، فلا يتخذ من النصوص القانونية ما تظهر فيه مكامن مثالبها، بل يبتغيها أسلوباً لتقويم أوضاع خاطئة وتصحيحها).

كما أن (ضوابط الجزاء هذه ، هي التي غض المشرع بصره عنها بنص المادة (١٤) المطعون عليها، والتي مزج بها – وفى إطار صور الجزاء التي عددتها – بين أفعال غشيها التنافر مضموناً وأثراً، مصطنعاً أو مفترضاً تماثل عناصرها ووحدة نتائجها، فضمها إلى بعضها، مقدراً تساويها فيما بينها ، وكان دواء واحداً يصلحها ويرد عنها إسقامها، فأنزل على كل منها – بعد أن جمعها في صعيد واحد – صور الجزاء عنها).

وخلصت المحكمة إلى القول بأن (غلو صور الجزاء التي عددتها المادة (١٤) المطعون عليها، يبدو واضحاً من إخضاعها المكلفين بها الين لا يقدمون في الميعاد، الإخطار المنصوص عليه في المادة الحادية عشر من قانون الضريبة، لصور الجزاء ذاتها التي تطبقها في شأن من يعمدون إلى التخلص من الضريبة ، كلها أو بعضها احتيالا عليها، وتهرباً منها، بل إن هؤلاء شأنهم

شأن من يدفعون الضريبة بأقل من مبلغها، ولا يبادرون خلال مهلة لا تجاوز يوماً واحداً، برد ما نقص منها بعد طلبه، على ما تقضي به المادة العاشرة من القانون.

كذلك ، فإن من يمنعون القائمين بتنفيذ القانون عن أداء عملهم في مجال هذه الضريبة، شأنهم شأن من يتراخون في توريدها – ولو يوماً واحداً – لعوامل قد لا يكون لإرادتهم دخل فيها، ومن يخفون بياناتها تدليساً، شأنهم شأن من يخطئون فيها، فلا يقدمون لإدارة الضريبة على الملاهي صحيحها.

فهؤلاء وهؤلاء قدر النص المطعون فيه أنهم نظراء بعضهم لبعض، فأحاطهم بصور الجزاء ذاتها مع تنوعها . وما كذلك تصاغ النصوص القانونية التي تتحدد دستوريتها على ضوء ارتباطها عقلاً بأهدافها وبوصفها وسائل ملاءمة لتحقق أغراض مبررة.

ولا كذلك يكفل المشرع لضريبة الملاهي ضوابط عدالتها الاجتماعية، وهي بعد ضريبة أنشأ المشرع من أجل تحصيلها – هي والزيادة المنصوص عليها في القانون – حق امتياز على أموال الخاضعين لها جميعها).

وفى حكم آخر لها أكدت المحكمة اتجاها في تبني نظرية الغلو في العقاب التشريعي عندما قررت أن (ما ينعاه المدعي على الفقرة المطعون عليها من فرضها لعقوبة لا تتسم بمعقوليتها، فلا يكون توقيعها إلا تعبيراً عن قسوتها في غير ضرورة، ومنافاتها بالتالي للحدود المنطقية التي ينبغي أن تكون إطاراً لها مردود.. بأن قضاء هذه المحكمة وإن جري على أن الشخص لا يزر غير سوء عمله، وأن شخصية العقوبة وتناسبها مع الجريمة محلها يقتضي أن تتوازن خصائصها مع وطأة عقوبتها، وكان ذلك مؤداه أن يفرد المشرع لكل جريمة العقوبة التي تناسبها، إلا أن ما يكون من الجزاء ملائما لجريمة بذاتها، ينبغي أن يتحدد على ضوء درجة خطورتها ونوع المصالح التي ترتبط بها، وبمراعاة أن الجزاء الجنائي لا يكون مخالفاً للدستور إلا إذا اختل التعادل بصورة ظاهرة بين

مداه وطبيعة الجريمة التي تعلق بها ودون ذلك يعني إحلال هذه المحكمة لإرادتها محل تقدير متوازن من السلطة التشريعية للعقوبة التي فرضتها)[(١)].

وإذا كانت المحكمة في حكمها هذا قد أكدت دستورية القانون المطعون فيه، نافية عن المغالاة في تقدير العقوبة، إلا أن ذلك لا ينفي أن المحكمة قد قررت كذلك أن (الجزاء الجنائي لا يكون مخالفاً للدستور إلا إذا اختل التعادل بصورة ظاهرة بين مداه وطبيعة الجريمة التي تعلق بها) مما يعني فرض المحكمة لرقابتها على مدي ملاءمة العقوبة التي اختارها المشرع لتأثيم فعل معين قدر المشرع خطورته على المجتمع وأمنه.

---

(١) المحكمة الدستورية العليا المصرية، قضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ ق / دستورية، بجلسة ١٩٩٧/٩/١٥، مجلة هيئة قضايا الدولة ، ع ١ ، س ٤٢، ١٩٩٨، ص ٨٤.
د. عادل الطبطبائي المرجع السابق ص ٥٧٣.

الفصل الثاني
القضاء الدستوري وفكرة التناسب

ذهبت أحدى الباحثات[١] في تحليلها لأحكام المحكمة الدستورية العليا إلى أخذ المحكمة بفكرة التناسب وذهبت في ذلك إلى أنه:-

قد أصدرت المحكمة الدستورية العديد من الأحكام التي تكفل الحفاظ على الأسرة المصرية، وطابعها الأصيل، باعتبارها الوحدة الأساسية التي يرتكز عليها البنيان الاجتماعي، واستخلصت المحكمة الحق في الخصوصية الذي لم يرد عليه نص في الدستور، موازنة بين الحرية الشخصية، وبين حق الدولة في تنظيم الوظيفة العامة وكفالة حسن أدائها وحيدتها، وعدم التأثير عليها.

وقررت المحكمة الدستورية في القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ ق بجلسة ١٨ مارس ١٩٩٥، والتي طعن فيها بعدم دستورية البند السادس من المادة ٧٣ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ والذي ينص على أنه:- "يشترط فيمن يعين عضواً في مجلس الدولة ألا يكون متزوجاً من أجنبية، ومع ذلك يجوز بإذن من رئيس الجمهورية الإعفاء من هذا الشرط إذا كان متزوجاً بمن تنتمي بجنسيتها إلى إحدى البلاد العربية". قررت المحكمة مبدأ هاماً حيث ذهبت إلى:-

"وحيث إن الحق في اختيار الزوج يندرج كذلك – في مفهوم الوثائق الدولية – في إطار الحقوق المدنية الأساسية التي لا تمييز فيها بين البشر، وهو يعد عند البعض واقعاً في تلك المناطق التي لا يجوز التدخل فيها بالنظر إلى خصوصياتها.

---

(١) د. هالة أحمد سيد أحمد رسالة دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الحريات الشخصية – جامعة الإسكندرية سنة ٢٠٠٤ ص ٤٠٢.

"ولا يجوز بالتالي أن يركن المشرع – ولغير مصلحة جوهرية – إلى سلطته التقديرية ليتحدد على ضوئها من يتزوج وبمن، ولا أن يتدخل في أغوار هذه العلائق بعد اكتمال بنيانها بالزواج. وقد انتهت المحكمة الدستورية إلى عدم دستورية النص المطعون فيه، وذلك فيما نص عليه من ألا يعين عضو بمجلس الدولة من يكون متزوجاً بأجنبية"(١).

ملحوظات على الحكم السابق:-

١- نلاحظ أن هذا الحكم قد وازن بين حق الدولة في تنظيم الزواج، وبين الحق في الزواج المتفرع عنه حرمة الحياة الخاصة، بالرغم من عدم النص الصريح عليه، وخلص على رجحان حق الفرد في اختيار الزوج الآخر، باعتباره حقاً مقدساً وأساساً جوهرياً لتكوين الأسرة أساس المجتمع، والخلية الأولي فيه.

٢- أن المشرع الدستوري لم ينص صراحة على حق اختيار الزوج، ولكن حق الخصوصية أمر جوهري، يستمد من الحرية الشخصية باعتبارها أساس الحياة المدنية، ولا تستقيم هذه الحياة بدون الحرية الشخصية.

وقد ترسم قضاء المحكمة الدستورية القاضي الأمريكي، فيما أرسته المحكمة الفيدرالية في تقرير الخصوصية، باعتبارها تعبيراً عن شخصية المرء أو صفاته الشخصية، يركز على حق الفرد في تحديد جوهره ككائن بشري(٢). وليس هناك ضمان دستوري واضح في الدستور الأمريكي للحق في الخصوصية.

---

(١) حكم المحكمة الدستورية بجلسة ١٩٩٥/٣/١٨ القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ ق. د ورد النص الكامل له بالموسوعة الدستورية الشاملة – للأستاذ حسام محفوظ من ص ٤٢٣ إلى ص ٤٢٩.

(٢) فريد هـ - كيت، الخصوصية في عصر المعلومات، ترجمة محمد محمود شهاب، الناشر مركز الأهرام للترجمة والنشر – الطبعة الأولي، ١٩٩٩ ص ٣٣.

غير أن المحكمة العليا فسرت الكثير من التعديلات التي تشكل "قانون الحقوق" أو "ميثاق الحقوق" Bill of rights، لتوفير بعض الحماية لمجموعة متنوعة من عناصر الخصوصية الفردية تجاه الأنشطة الحكومية الفضولية، وتشمل هذه التعديلات أحكام التعديل الأول، لحرية التعبير والمشاركة، وأيد التعديل الثالث على إقامة الجنود في بيوت خاصة ، كما حظر التعديل الرابع الضبط والتفتيش غير المشروعين، ومبدأ ضمان المحاكمة المشروعة بالنسبة لاتهام الذات، ولا يشير أي من هذه التعديلات والأحكام إلى الخصوصية بصورة صريحة، وتتباين الظروف التي تدخل فيها حقوق الخصوصية تبايناً واسعاً مثلما تتباين المصادر الدستورية لتلك الحقوق. وقد حددت المحكمة عدداً من فوائد الخصوصية الواردة في التعديل الأول، ففي قضية الرابطة القومية لتقدم الملونين ضد ألاباما أوقفت المحكمة الأمريكية تنفيذ تشريع في ألاباما يطلب من هذه الرابطة كشف القوائم الخاصة بعضويتها، باعتبار أن مثل هذا الطلب يشكل انتهاكا غير دستوري لحق المشاركة الذي يتمتع به أعضاء الرابطة طبقاً للتعديل الأول.

وفى قضية بريد ضد الإسكندرية، أيدت المحكمة تشريعاً يحظر الترويج للمساكن الخاصة دون إذن مسبق. واستندت المحكمة إلى ضمان حرية التعبير الوارد بالتعديل الأول باعتباره توازناً ضمنياً بين رغبة بعض أصحاب المنازل في الخصوصية، وحق الناشر في توزيع المطبوعات بالطريقة المعينة التي يري هؤلاء الذين يروجون لها أنها تحقق أفضل النتائج.

وقد لجأت المحكمة إلى أسلوب التناسب والتوازن في قضية كرفاكس ضد كوبر وأيدت تشريعاً لترينتون ، نيوجرسي، يحظر استخدام السيارات المزودة بمكبرات الصوت، وكذلك الميكروفونات ذاتها: "إن السامع رغماً عنه ليس كعابر السبيل الذي قد تقدم له نشره في الشارع، ولكنه لا يجبر على أخذها. إنه في بيته وفى الشارع عاجز تماماً عن الفرار من هذا التدخل في خصوصياته بالميكرفونات إلا عن طريق حماية البلدية".

وفـي قـضية وارن ضـد هيئـة البريـد الأمريكيـة أيـدت المحكمـة تـشريعاً اتحادياً يسمح لأصـحاب البيـوت بـأن يطلبوا من هيئـة البريـد ألا ترسـل لبيـوتهم البريد المهيج والمثير للجنس.

وفـى قـضية لجنـة الاتـصالات الاتحاديـة ضـد مؤسسة باسـيفكا سـمحت المحكمة لهذه اللجنة بفرض عقوبة على إحدى محطات الإذاعة لإذاعتها بـرامج غير لائقـة علـى أسـاس أن "حـق الفـرد فـي أن يتـرك لحالـه يعلـو علـى حقـوق المتطفل الوارد في التعديل الأول".

وفي قضية فريسبي وآخرين، ضد شولتز وآخرين. أيـدت المحكمـة قانونـاً ليروكفيلد وسكون سين يحظر كافة عمليات مراقبـة المساكن، إذ أن البيـت "هـو الملجـأ الـذي يمكـن أن يـأوي إليـه الرجـال والنـساء هربـاً مـن متاعـب حياتهم اليومية" ، وهو الملاذ الأخير للمتعبين والمرهقين والمرضى.

وفي قضية كـارن ضـد بـراون ذكـرت المحكمـة أن "مـصلحة الولايـة فـي حمايـة رفاهـة وهـدوء وخـصوصية البيـت تحتـل أعلـي مرتبـة فـي مجتمـع حـر ومتحضر".

وفـى قـضية ستـانلي ضـد جورجيـا لبطـت المحكمـة بصـورة واضـحة بـين الخصوصية، وحرية التعبير لتحديد المصـالح المتبادلة التي تخدمانها.

وانتهـت المحكمـة إلـى أن "أي ولايـة لا يجوز لهـا أن تخبـر رجـلاً يجلـس وحده في بيته الخاص بالكتب التي يجوز لـه أن يؤرقهـا، أو بـالأفلام التـي يجـوز له أن يشاهدها، ويثور تراثنا الدستوري كلـه ضـد فكرة إعطـاء الحكومـة سلطة التحكم في عقول الأفراد".

وتـذهب المحكمـة الفيدراليـة إلـى أن التعديل الأول، قـد حـرم علـى الدولـة تحريماً مطلقاً أن تتدخل فـي أفكـار ومعتقدات الفرد، ويحقق ذلـك لكل شـخص حرماً داخلياً مقدساً، لا يجوز للدولـة الـدخول فيه، وهـو مـا يمثـل جـوهر حمايـة

الخصوصية في الولايات المتحدة، فالدولة محظور عليها ببساطة ممارسة التحكم في عقول الأفراد.

٣- لم تكتف المحكمة الدستورية بتطبيق المبادئ الدستورية المستمدة من الدستور المصري، إنما استرشدت بما يمكن أن نطلق عليه النظام القانوني الدولي المستمد من الاتفاق العام بين الدول على الأخذ بما توحي به فكرة حماية حقوق الإنسان.

ومن هنا فإن المحكمة قد أدمجت بصورة مباشرة القانون الدولي في القانون الداخلي ليس هذا فحسب، ولكنها اعتبرت أن هذا القانون أسمى من القانون الداخلي ذاته بما في ذلك الدستور - القانون الأعلى للبلاد - فإذا قرر النظام القانوني الدولية حماية أفضل للحريات الشخصية، فإن من الواجب والملزم قانوناً تطبيق هذه الحماية. ولذلك أخذت المحكمة بحرية الفرد في اختيار زوجه من ميثاق الحقوق المدنية والاجتماعية الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة، باعتباره قانوناً دولياً ملزماً للدول كافة.

٤- نوعت المحكمة الدستورية العليا في أسانيد عدم دستورية النص المطعون عليه، فلم تكتف بمخالفته لمبدأ الخصوصية باعتباره مبدأ دستورياً ومبدأ قانونياً عالمياً، وإنما أيضاً باعتباره "يقيد كذلك حق العمل وما تفرع عنه من الحق في تولي الوظائف العامة – المكفولين بالمادتين ١٣، ١٤ من الدستور، ذلك أن إعمال هذا النص يستلزم إنهاء خدمة المعينين بمجلس الدولة على خلاف أحكامه، ويحول دون تعيين أعضاء جدد فيه لمصادفة الزواج من أجنبية".

٥- ونحن نؤيد تسبيب المحكمة ز سانيدها إلى تقوم على التوازن بين العام والخاص، وترجيح الحرية الشخصيه إذا لم تكن هناك مصلحة جوهرية ، أو ضوابط تحد من إطلاق هذه الحرية.

غير أن السماح بالإسراف في تطبيق النظام القانوني الدولي يجب ألا ننذفع وراءه كثيراً. إذ أن القانون الدولي صنعة استعمارية تحكمه وفقاً للواقع إرادة الدولة أو الدول القوية القادرة على الهيمنة، ومازالت قواعده تصطبغ باللون الأوربي المحابي للدول الغربية. فيخشي ألا تملك المحكمة تطبيق المواثيق الدولية إلا ما كان منها متفقاً مع إرادة الدولة صاحبة الهيمنة. كما أن تفسير النصوص له اتجاهات شتي تمليه علي المحكمة اعتبارات القوة الاقتصادية، ومصلحة الدول صاحبة إرادة التطبيق في الواقع، ومن هنا لا تكون المحكمة إلا منفذة لتلك الإرادات، وهو دور لا يجب أن تؤديه المحكمة، وإلا فقد دورها الريادي داخل المجتمع الدولي. كما يُخشي منه على بعض القيم الراسخة في المجتمعات التي لم تضع القواعد المطبقة، وتكفي بتطبيقها.

تطبيق آخر:-

طبقت المحكمة الدستورية المبادئ السابقة، بشأن كفالة الحماية الدستورية الفعالة للأسرة، باعتبارها أساساً لبنيان المجتمع بحكمها في القضية رقم ٣٣ لسنة ١٥ قضائية، والتي طعن فيها بعدم دستورية نص المادة ٨٩ من القرار بقانون رقم ٤٩ لسنة ٧٢ بشأن تنظيم الجامعات.

وذهبت إلى:-

"وحيث إن النص المطعون فيه- وهو يضع حد أقصي لإجازات مرافقة الزوجة - ، قد أفرد أعضاء هيئة التدريس بالجامعات، بتنظيم خاص ينال مس وحدة الأسرة وترابطها، ويخل بالأسس التي تقوم عليها، وبالركائز التي لا يستقيم مجتمعها بدونها، ومايز بذلك – وعلى غير أسس موضوعية – بينهم وبين غيرهم من العاملين المدنيين في الدولة، فإنه بذلك يكون متبنياً تمييزاً تحكمياً، منهياً عنه بنص المادة ٤٠ من الدستور"[١].

---

(١) المحكمة الدستورية العليا جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ في القضية رقم ٣٣ لسنة ١٥ ق ورد النص الكامل له بالموسوعة الدستورية الشاملة – لا . ذاذ حسام محفوظ – من ٦٥٨ إلى ص ٦٦٤.

ونجد في تطبيقات المحكمة الفيدرالية الأمريكية حماية حق المرأة في أن تقرر بنفسها التخلص من الحمل حلاً مماثلاً لما انتهت إليه المحكمة الدستورية من حرية اختيار الزوج. وقد ذهبت أربعة من قضاة المحكمة الفيدرالية إلى أن حق المرأة في الاختيار ليس حقاً أساسياً ولكنه مجرد مصلحة في الحرية.

وفى سنة ١٩٨٨ تم تعديل قانون الصحة ليسمح للأطباء ببيان الخيارات المتاحة للمرأة بما في ذلك الإجهاض. وقد بدأت المحكمة الفيدرالية منذ عام ١٩٨٩ في إقرار الإجراءات التشريعية التي تضع قيوداً على اختيار المرأة لأسباب جدية. وتستند في ذلك إلى شرط القضية العادلة والإجراءات السليمة الذي يحمي حرية وحياة كل فرد.

وتعمل المحكمة في هذا الصدد التوافق والتناسب والموازنة بين الحق في الحياة الذي يبدأ منذ أن تدب الحياة في الجنين، وحق المرأة في التخلص من الحمل. وقد رفضت المحكمة الفيدرالية في ١٩٩٠ الدفع بعدم دستورية ديباجة قانون Missouri مؤكدة على أن الحياة تبدأ منذ الحمل، وأكدت أن المقدمة لا تتعرض للإجهاض.

وقد واجهت المحكمة الفيدرالية مشكلة إجهاض الإناث القصر. هل تكون هناك مخالفة للقانون الدستوري إذ فرض القانون على المراهقة إخبار والديها أو أحدهما مسبقاً بعملية الإجهاض؟ وقد ذهبت أغلبية المحكمة إلى دستورية إخطار الوالدين وانتظار لمدة ٤٨ ساعة بعد ذلك.

وقضت المحكمة كذلك بعدم دستورية قانون Ohio الذي يحظر الإجهاض للصبية القاصر قبل إخطار أحد والديهما وإجازة محكمة الأحداث لذلك. كما يسمح ميثاق الحقوق للمحكمة بالحكم بعدم دستورية الإجهاض إذا كان الجنين حياً، ولم تكن صحة المرأة في خطر. وهذا ما تقرره المحكمة اليوم.

ومما تقتضيه الأمانة العلمية أن فقهاء الإسلام[١] يرون تحديدا للوقت الذي تبدأ فيه الحياة المصونة الواجبة الحماية، فيرون أن للنطفة حياة منذ استقرارها في الرحم وتمام الإخصاب، وهذه الحياة هي حياة النمو والتطور والتدرج إلى إطوارها المتعاقبة من نطفة إلى علقة إلى مضغة إلى غير ذلك، وتتفاوت الحرمة – حرمة إسقاطها – بتفاوت مراتب النمو، فإذا ما بلغ الجنين في بطن أمه أربعة أشهر، جاءت حياة أخري هي حياة الحس والحركة والدورة الدموية. وعندئذ يتساوي جرم إسقاط الجنين مع جرم قتل النفس.

وقد حرم الله إسقاط الحمل وعاقب عليه. وهذه الحرمة تتفاوت عقوبتها بتفاوت مراحل نمو النطفة في الرحم، فإذا تم إجهاض الحامل وإتلاف الحمل بعد نفخ الروح في الجنين تساوي الجرم من إثم قتل النفس، لأنها جناية على آدمي حي متكامل الخلق ظاهر الحياة. وفي ذلك يقول حجة الإسلام[٢] بعد أن أباح تأجيل الحمل ورخص فيه. أن الإجهاض جناية على موجود حاصل، ولها مراتب أن تقع النطفة في الرحم وتختلط بماء المرأة، وتستعد لقبول الحياة وإفساد ذلك جناية، فإن صارت مضغة وعلقة كانت الجناية أفحش، وإن نفخ فيه الروح واستوت الخلقة وازدادت الجناية تفاحشا[٣]. ويمكن أن نسجل في هذا الصدد الملحوظات التالية:-

أن القاضي الدستوري يرجع كما أشرت إلى النصوص الدستورية لتقويم القيد الوارد على الحرية الشخصية، متى كانت النصوص محل الطعن ماسة بنصوص الدستور المتضمنة بياناً للحقوق والحريات وتصنيفها ضمن أنواع

---

(١) فضيلة الشيخ/ محمد مصطفى ضبش – الإسلام وتنظيم الأسرة – مطبعة لوران – الطبعة الثانية ١٩٨٢ ، ص ٤٠ وما بعدها.
وفضيلة الشيخ/ محمد شلتوت – الإسلام عقيدة وشريعة – دار الشروق – الطبعة السادسة عشر، ١٩٩٠، ص ١٤١ وما بعدها.

(٢) الفقيه أبو حامد الغزالي "المتوفي سنة ٥٠٥ هـ" إحياء علوم الدين – باب النكاح – طبعة الشعب – الجزء الرابع.

(٣) وجدير بالذكر سبق الإسلام العلمي في هذه المسألة.

الحريات والضمانات المتعلقة بها، بما يمكن أن يرد عليها من قيود وشروط وضوابط ويمكن أن أميز في هذا الصدد مع بعض الفقه[١] بين ثلاث طوائف من الحقوق والحريات الأساسية.

- حقوق أساسية تخضع لتحديدات وضوابط قانونية بدون توجيه دستوري معين.

- حقوق أساسية تخضع لتحديدات قانونية فقط وفقاً للشروط الدستورية الموضوعية لذلك.

- حقوق أساسية لا تخضع لتقييد أو تحديد بموجب نص القانون.

ويعد من **النوع الأول**، حق الإنسان في الأمن والحرية الجسدية، إذ يجوز وضع ضوابط لأمن المجتمع، وأمن الأفراد، وجواز الاعتقال في أحوال معينة ينطبق عليها وصف الضرورة والاستعجال.

والنوع الثاني، فهو يتعلق بحرمة الحياة الخاصة، وحرية التنقل ، وحرية الاتصالات والمراسلات، إذ يجوز وفقاً لتوجيه دستوري وضع ضوابط لحرية التنقل، مثل حظر ارتياد المناطق العسكرية، أو الإطلاع على سرية الحسابات البنكية، إذا كان هناك اتهام جنائي جدي.

أما **النوع الثالث**، فمثاله حرية تكوين الأسرة، والحق في اختيار الزوج. فمثل هذا الحق لا يقبل التقييد مطلقاً، وإن كانت له حدود إنسانية وفطرية ناشئة من مجرد أنه تنظيم لحياة الإنسان الخاصة.

وفى هذه الحالة يكون هذا الحق مطلقاً أي لا مجال لرقابة التناسب، ولا يقبل مطلقاً من الدولة أو أي من سلطاتها أن تمس هذا الحق باعتباره ذا أولوية مطلقة

---

(١) د. جورج شفيق ساري – رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، مرجع سابق ص ٨٨.

D'une priorité absolue ويكون الترجيح في صالح الحق المطلق، أي أن الإطلاق هنا يلازم تقرير الحق ذاته، وإنما يمكن أن يصاحب هذا الحق المطلق تنظيم قانوني لتحديد سن الزواج، وتقرير أهلية الرجل وأهلية المرأة للزواج، ومراعاة الشروط الشكلية والموضوعية اللازمة لتقريره، كل ذلك لا يخل بالإطلاق المقرر لوجود الحق ذاته، وهذا ما ينطبق به حكم المحكمة الدستورية العليا.

والواقع أننا يجب ألا تأخذنا فكرة الحريات بعيداً عن المصدر الذي تخرج الحرية من تحت عباءته، فالحريات الغربية قد تتشابه مع الحريات الشرقية، نظراً لوحدة الكيان الإنساني لأفراد كل من المجتمعين، إلا أنها قد تتعارض مع بعض القيم نظراً لاختلاف العادات والتقاليد والدين كأصل عام يلزم الرجوع إليه في تقدير المدى والبعد الذي يمكن أن تولد الحرية من خلاله في أمر من الأمور، أو تنعدم بثبوت التحريم، فإطلاقات ترك مسألة الحريات كحق من الحقوق المشروعة للفرد داخل المجتمع، لا يجب أن تحددها التشريعات وإنما تنظمها، لأن التشريع – كما سبق وأن أوضحت – لا يولد حرية وإنما ينظمها، ويبقى دائماً مصدر الحرية ومبعث وجودها هو الفطرة التي فطر الله الناسَ عليها وأقرتها كتبه السماوية.

ومن القواعد ذات المرجعية الدستورية – والتي يمكن القول بأنها تمثل قواعد إسناد للحريات الشخصية القواعد الأصولية – قاعدة العدالة وقيم الأخلاق والدين. ويرجع القاضي الدستوري إلى مثل هذه القواعد التي تقيم نظاماً واقعياً من القيم.

أما المرجعية الدولية. فقد سبق أن أشرت أن المحكمة الدستورية العليا أدخلت النظام القانوني الدولي ضمن قواعد النظام العام المصري، ومن ثَمّ غدا النظام العام الوطني نظاماً عاماً دولياً وأقصد بذلك أن القواعد القانونية الدولية خاصة مواثيق حقوق الإنسان والاتفاقيات الدولة المقررة لمثل هذه الحقوق، والتي خصص بعضها للحقوق المدنية والاجتماعية والبعض الآخر للحقوق السياسية والاقتصادية، تعد سنداً للنصوص محل الطعن، ومعياراً للدستورية أو

عدم الدستورية، وهذه المرجعية الدولية أخذت بعداً قارياً تارة، وإقليمياً تارة أخري فنجد هناك ميثاق حقوق الإنسان بين الدول الإسلامية، واتفاقية حقوق الإنسان في إطار جامعة الدول العربية، وميثاق حقوق الإنسان بين دول الإتحاد الأفريقي.

وبذلك تكون القوانين الدولية والإقليمية قواعد معيارية يتم الرجوع إليها كسند وحماية للحريات الشخصية، وقد سبق أن أيدت مسلك المحكمة الدستورية العليا شريطة عدم تجاوز آمرية قواعد الشريعة الإسلامية.

وفى خصوص التناسب وحق الأمن:-

إن الحرية الشخصية التي أحاطها المشرع الدستوري بسياج من القداسة في صدر المادة ٤١ منه ليست حرية مطلقة تتمتع على القيود والحدود، بل يمكن تقييدها إذا اقتضت مصلحة المجتمع فرض الحدود والقيود عليها.

ولذلك قضت المحكمة العليا قبل إنشاء المحكمة الدستورية بأن: "الحرية الشخصية حق طبيعي، وهي مصونة لا تمس ، وفيما عدا حالة التلبس، لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع، ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة، وذلك وفقاً لأحكام القانون"(١).

وقضت المحكمة الدستورية العليا بعد إنشائها بعدم دستورية نص المادة الأولي من القانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٧٠ في شأن وضع بعض المشتبه فيهم طبقاً لقانون التشرد والاشتباه تحت مراقبة الشرطة(٢).

---

(١) المحكمة العليا (الدستورية) في ١٩٧٤/٦/٢٩ الدعوى رقم ١ لسنة ٥ ق ـ مجموعة أحكام المحكمة العليا، الجزء الأول ص ١٦٣.

(٢) المحكمة الدستورية العليا ـ جلسة ١٩٨٢/٥/١٥ طعن ٣٩ س ٣ ق، ورد النص الكامل له بالموسوعة الدستورية الشاملة ـ للأستاذ حسام محفوظ ـ من ص ١١٨ إلى ص ١١٩.

"وذلك لأن القانون قد جرم حالة جديدة لاحقة لحالة الاشتباه التي سبق أن حوكم عليها الشخص، وهي حالة ما إذا تم اعتقاله بعد ذلك لأسباب تتعلق بالأمن العام.

"ولما كانت المادة ٦٦ من الدستور تنص على "أن العقوبة شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي، وكان توقيع عقوبة الوضع تحت مراقبة الشرطة لمدة سنتين التي فرضها المشرع كعقوبة أصلية طبقاً للقانون المطعون فيه يتم بغير حكم قضائي، فإن هذا القانون يكون قد خالف الدستور".

ومن هنا تكون المحكمة قد وازنت بين ضرورات أمن الفرد وحقه في عدم المساس به أو تقييد حريته، وبين الأمن العام، ورأت ضرورة تقديم الأمن الفردي على الأمن العام، باعتبار أن هذا القانون قد أخل بالتوازن المتطلب بينهما، ومن ثم يكون قد خالف أوامر ونواهي الدستور.

وقضت المحكمة الدستورية في ٧ نوفمبر ١٩٩٢ بدستورية قاعدة رجعية القانون الأصلح للمتهم "إذ أن مؤدي قاعدة رجعية القوانين الأصلح للمتهم، إلا أن القاعدة التي يرتكز عليها هذا المبدأ تفرضها المادة ٤١ من الدستور التي تقرر أن الحرية الشخصية حق طبيعي وأنها مصونة لا تمس، وعلى تقدير أن هذه الرجعية ضرورة حتمية يقتضيها صون الحرية الفردية بما يرد عنها كل قيد غدا تقريره مفتقراً إلى أية مصلحة اجتماعية. فإن قاعدة رجعية القوانين الأصل للمتهم، لا تخل بالنظام العام بل هي أدعى إلى تثبيته بما يحول دون انفراط عقده"[١].

ولما كان القاضي الدستوري من خلال الدور الذي يقوم به في تحقيق الملاءمة والتوافق والتناسب بين إجراءات الدولة في تحقيق نظامها وسيادتها

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا، جلسة ١٩٩٢/١١/٧، قاعدة رقم ٤/٧، ٦/٥ طعن ١٢ س ١٣ ق دستورية – مجموعة الأحكام – الجزء ٥، المجلد ٢ ص ٦٩.

وأمنها وحقيقة الواقع الذي تقصده من خلال إرساء اتجاه قانوني معين متخذة في ذلك وسائل سيادتها، وما يترتب على ذلك من مراعاة أو تجاوز لحق الفرد في المجتمع في تقرير حرياته في إطار النصوص الدستورية، عليه أن يوازن بين كل ذلك عندما يتصدي لإعمال الرقابة تحقيقاً لفكرة التناسب بين اتجاهات الدولة وحقوق أفرادها(١).

ويقوم القاضي الدستوري برقابة دور المشرع في رسم الخطوط العريضة للفلسفة الاجتماعية والسياسية، التي يجب أن تستوحيها سياسة الدولة التشريعية. وإذا كان القاضي الدستوري، لا يستطيع رقابة السلطة التقديرية للمشرع، كما سبق أن رأينا ، إلا أنه يراقب القيود التي يضعها الدستور على هذه السلطة(٢).

ويكون على القاضي الدستوري مراعاة تدرج القواعد القانونية، وخضوع الأدنى منها للقواعد الأعلى بحيث يسمح بتعدد مستويات علاقات الخضوع بين هذه القواعد بتضمن نوعين من العلاقة. علاقة خضوع قصوى، ويطلق عليها علاقة المطابقة Conformité ، وفيما لا يكون للجهة التي أصدرت القاعدة الأدنى أي حرية في التقدير، بحيث يأتي عملها مجرد تنفيذ لمضمون القاعدة الالي، أما العلاقة الأخرى فيطلق عليها علاقة الموافقة Compatibilité أو علاقة عدم المخالفة non contrariété وفيها تتمتع الجهة التي أصدرت القاعدة الأدنى بقدر من الحرية يتفاوت مداها تبعاً لنوع القاعدة محل الرقابة

---

(١) أنظر في ذلك: د. جورجي شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري – مرجع سابق ص ١٤٩.

(٢) د. ثروت عبدالعال أحمد، الحماية القانونية للحريات العامة بين النص والتطبيق، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص ٩٥.

د. محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية – رسالة دكتوراة – جامعة عين شمس سنة ١٩٧٤ ص ٩٣.

تشريعيه كانت أم تنظيمية ، أو يكفي لسلامة القاعدة في ظل هذه العلاقة مجرد عدم مخالفتها أو توافر قدر من التوافق بينها وبين القاعدة الأعلى(١).

وعلى القاضي الدستوري وهو في سبيل رقابة التناسب أن يضع الأبعاد التي يجب أن تتحرك في ظلالها القوانين، والسياسات الاجتماعية التنظيمية داخل الدولة، بأن يكون ملهماً للمشرع قبل وضع القوانين والأنظمة، وأن ينير الطريق بمزيد من الرؤي الدستورية وقوفاً على حقيقة الواقع، وصولاً إلى دور خلاق لتحقيق التناسب المسبق للقوانين، وحقوق الأفراد تجنباً ودرءاً لانتهاك الحريات . ومن هنا يكون دور المحكمة دوراً وقائياً يتحقق من خلاله مفهوم التناسب.

وتختلف رقابة التناسب حسب الموازنة بين اللائحة والدستور أو التشريع والدستور، إذ يتمتع المشرع العادي في ظل التشريع بقدر كبير من السلطة. إذ أن الدستور عادة ما يكتفي بتحديد قيوده على السلطة التشريعية بطريق سلبي، وذلك بما يشتمل عليه من قيود على النشاط التشريعي، ويندر أن يحدد هذا المضمون بطريق إيجابي يلاشي سلطة المشرع في الإنشاء والابتداع، وذلك خلافاً للحال بالنسبة للقوانين التي تقيد الجهات الإدارية بمضمون معين للقواعد القانونية التي يجوز لها القيام بوضعها(٢).

وبناء على ذلك تكون العلاقة بين اللائحة والقانون علاقة مطابقة . إذ أن عمل الإدارة هو مجرد أداة لتنفيذ القانون، وقد تكون هذه العلاقة علاقة موافقة، أو عدم مخالفة إذا كان هناك قدر من الحرية ممنوح للسلطة الإدارية.

أما العلاقة بين التشريع والدستور، خاصة في مجال الحريات ، فهي علاقة عدم مخالفة، ذلك أن القاضي الدستوري يهبط في هذه الحالة برقابته إلى

---

(١) أ.د. نعيم عطية، النظرية العامة للحريات الفردية، الدار القومية للطباعة والنشر – القاهرة ١٩٦٥ ص ١٦٣.

(٢) أ.د.كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق ص ١٣٨- ص ١٣٩..

حدود الدنيا، ويكتفي بالتحقق من عدم مخالفة التشريع للدستور حرصاً منه على عدم المساس بسلطة المشرع التقديرية في مجال وضع التشريع، وهذا يفسر علة وجود قرينة الدستورية لمصلحة القوانين. وكيف أن القاضي الدستوري لا يحكم بعدم الدستورية إلا إذا كان التعارض بين القانون والدستور واضحاً بيناً صريحاً، وكانت مخالفة التشريع للدستور لا تحتمل الشك[١].

ومع ذلك ، يجب ألا يناقض القانون الدستور، وإلا فلن يطبق بحكم الرقابة القائمة عليه إن حدث ذلك، وبالتالي لابد أن يسود الاتساق التشريعي والفقهي بينهما بشكل دائم، وأن يترجم هذا التناسق والاتساق إلى تساند كامل، بمعنى أن تطبيق أحدهما قد يستلزم الرجوع إلى الآخر سواء بالإحاطة الصريحة أو الضمنية التي يحيل فيها الدستور إلى القانون في شأن تطبيق بعض نصوصه[٢].

وفى مجال حماية حق الإنسان في الأمن وعدم حبسه تعسفياً أو القبض عليه أو تفتيشه دون حق، تتخذ العلاقة بين الدستور والقانون أكثر من جانب يتمثل في حماية القانون الجنائي لهذا الحق، وكذلك ارتفاع الدستور ببعض القواعد الجنائية إلى مرتبة المبادئ الدستورية وسموه خاصة فيما يتعلق بأحكام الحقوق والحريات، وكذلك من بين هذه العلاقة أنه قد ترد في الدستور نصوص نفي التجريم المنصوص عليها في قانون العقوبات في حالات الإباحة ليكون مصدرها الدستور[٣].

وإذا كان القبض على شخص هو سلب حريته لمدة قصيرة نسبياً، فإن هذا السلب إذا لم يكن لأسباب سائغة قانوناً يعد مخالفة للدستور الذي كفل الحرية

---

(١) BURDEAU (G.). Les libertés , L.G.D.J. paris, ١٩٧٢, p.٧٢

(٢) د. عبدالحميد حسن محمد، حماية الحقوق والحريات في مجال أحكام المحكمة الدستورية العليا، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٩٩، ص ١٩٧.

(٣) أ.د. محمود نجيب حسني – الدستور والقانون الجنائي دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٩٢، ص ٤ وما بعدها.

الشخصية، وحظر القبض غير القانوني. وجدير بالعلم أن حالات القبض في ذاتها تصرف ماس بجوهر الحريات الشخصية للفرد ، ومن ثم يجب أن يكون القبض عملاً مشروعاً وفقاً للقانون أو الدستور على حد سواء، لأن الحرية تقررها المبادئ العامة للحياة الإنسانية، قبل أن تقررها القوانين، الأمر الذي يستلزم يقيناً أن يكون العمل الماس بالفطرة الإنسانية عملاً مشروعاً وفقاً للمبادئ العامة للقانون. وهذا القبض يمس الحرية الشخصية، وهو يمس حرية التنقل، كما يمس حرمة الجسم باعتباره أن من آثاره جواز تفتيش المقبوض عليه(١).

لذلك نصت المادة ٤١ من الدستور، وكذا المادة ٧١ منه على تقرير الحق في الحرية الشخصية، وكفالة الحماية له، والإشارة إلى الضوابط العامة التي يتعين أن يلتزم بها القانون في تنظيم هذا الحق وحمايته.

كذلك فقد نص قانون الإجراءات الجنائية في أكثر من مادة منها المواد من ٣٤ حتى ٣٦ ومن ٤٠ حتى ٤٥ في شأن القبض، وضمانات الحرية الفردية في تنفيذه، ومن حيث سماع أقوال المقبوض عليه، وتحديد وضعه بناء على ذلك وأسباب القبض عليه، وإمكانية تفتيشه. وإذا كان القبض على شخص يجيز تفتيشه كذلك، فإن القاعدة ليست مطردة في شأن تفتيش مسكنه، إذ أن تفتيش المسكن يخضع لشروط أخري.

وإذا كان الأصل هو ارتباط تفتيش الشخص بالقبض عليه، فإن هذا الأصل ليس مطلقاً فثمة حالات للتفتيش لا يرتبط فيها بالقبض على الشخص الذي يخضع للتفتيش. إذ قد يكون التفتيش إجراء تستوجبه الضرورة الإجرائية، وقد يكون جزاء إدارياً، وقد يستند إلى علاقة تعاقدية يستخلص منها الرضاء

---

(١) أ.د. محمد عبداللطيف – الحريات العامة – جامعة الكويت – الطبعة الأولي ١٩٩٥ – مرجع سابق ص ١٢٨.

المفترض به، وقد يستند التفتيش إلى الرضاء الحقيقي به، وهذه الحالات جميعاً تتفق مع الدستور، إذ لا تناقض الضوابط التي نصت عليها المادة ٤١[١].

ومن ثم يكون هناك تناسب بينها وبين النص الدستوري. بمعنى آخر هناك تناسب بين المصلحة المعنية بالحماية وبين المساس الوارد على هذه المصلحة أو الحرية، وهو مساس تستوجبه دواعي المصلحة العامة، وحماية الأمن العام، واعتبارات العدالة ، وسيادة الدولة ، وفقاً للنظام التي تتخذه الدولة أساساً للحكم . ويتصل بحق الإنسان في الأمن وعدم ترويعه وعدم جواز تفتيش مسكنه. ويعني تفتيش المسكن التنقيب عن أدلة في شأن جريمة ارتكبت. ومن ثم كان تفتيش المسكن بطبيعته عمل تحقيق يتم بواسطة سلطة تحقيق مختصة، أو كما تعرفه محكمة النقض بأنه "البحث عن عناصر الحقيقة في مستودع السر فيها"[٢]. ويعد التفتيش إجراءً خطيراً لأنه ينطوي على خرق لحرمة المسكن. ولذلك حرص الدستور والقانون على حماية الحق في حرمة المسكن، فنصت المادة ٤٤ من الدستور على أن "للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب وفقاً لأحكام القانون"، كذلك نصت المادة ٩١ من قانون الإجراءات الجنائية على ذلك اتساقا مع حكم الدستور. والأصل أن تفتيش المسكن حق لسلطة التحقيق، ومع ذلك يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يقوم بذلك طبقاً للمادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية، التي خولت له أن يقوم بتفتيش المسكن في حالة رضاء حائز المسكن بذلك، وندب سلطة التحقيق له، وأيضاً في حالة التلبس بالجريمة.

ومع ذلك قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية النص المانح لحق التفتيش من قبل سلطة الضبط القضائي في حالة التلبس بالجريمة ، وقد راعت

---

(١) د. عبدالحميد حسن محمد، حماية الحقوق والحريات في مجال أحكام المحكمة الدستورية العليا ، مرجع سابق ص ٢٠٨.

(٢) نقض ١٩٥٩/٣/٣١، مجموعة أحكام محكمة النقض سنة ١٠ رقم ٨٧ ص ٣٩١.
ونقض ١٩٦٢/١٢/١٧ س ١٣ رقم ٢٠٥ ص ٨٥٣ س ٣١ رقم ٣٠٥ ص ٨٥٣.

المحكمة في حكمها الصادر في ١٩٨٤/٦/٢ في القضية رقم ٥ لسنة ٤ ق د أن مصلحة الشخص المتلبس بالجريمة ترجح مصلحة الحفاظ على الدليل إذ أنه طالما ألقي القبض على هذا الشخص، فليس هناك خشية من هروب المتهم، وبالتالي من ضياع الدليل، إذ أن الدليل ظاهر جلي لا يحتاج إلى برهان عليه، ومن ثم يقتضي الصالح العام وحرية الفرد وحرمة جسده ومسكنه التريث إلى أن تصل سلطة التحقيق المختصة.

ذلك أنه إذا كان هنا خطر داهم يتهدد الدليل ، ويؤدي إلى ضياعه يكون هناك ما يبرر الاعتداء، أو المساس بالحرية الشخصية وإجازة التفتيش الفوري في هذا الحال ، أما وأن المتهم قد وقع في يد سلطة التحقيق ولن يستطيع منها فكاكاً، فإن الدليل يكون في مأمن، ويكون جانب حرمة الشخص وجسده أدعى إلى الحفاظ عليها وعدم المساس بها إلا من قبل السلطة التي خولها القانون القيام بها، ويكون تطبيق الأصل العام في التفتيش هو الأرجح، ولا داعي للخروج عليه حتى لا تتعدد سلطات التفتيش بمقتضي أو بغير مقتضي وحتى تظل النيابة العامة هي صاحبة هذا الاختصاص، وهي ضمانة من ضمانات الحريات العامة[1].

وقد أرسلت المحكمة الدستورية مجموعة من المبادئ الهامة حول سيادة القانون والمشروعية وحماية الحقوق الشخصية منها: "أن خضوع الدولة للقانون محدد على ضوء مفهوم الدولة الديمقراطية طبقاً للمواد "١، ٣، ٤، ٦٥" من الدستور، وهذا الارتباط مؤداه ألا تخل التشريعات بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية مفترضاً أولياً لقيام الدولة القانونية، وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان وحرياته وكرامته وشخصيته المتكاملة، ينـدرج تحتها طائفة من الحقوق تعتبر وثقة الصلة بالحرية الشخصية التي كفلها الدستور في المادة ٤١ منه، واعتبرها من الحقوق الطبيعية التي لا تمس، من

---

(١) راجع عكس ذلك أ.د. نجيب حسني – الدستور والقانون الجنائي – مرجع سابق ص ١٠٠ وما بعدها.

بينها ألا تكون العقوبة الجنائية التي توقعها الدولة بتشريعاتها مهينة في ذاتها، وممعنة في قسوتها، أو منطوية على تقييد الحرية الشخصية بغير انتهاج الوسائل القانونية السليمة، أو متضمنة معاقبة الشخص مرتين عن فعل واحد، وكذلك فإن مما ينافي الدولة القانونية في مجال القانون الإداري سريان العقوبة التأديبية بأثر رجعي بتطبيقها على أفعال لم تكن حين إتيانها تشكل ذنباً إدارياً مؤاخذاً عليه.

وقضت المحكمة بأن حق المرأة في العمل لا يخالف الشريعة الإسلامية وبذلك فإن خروج الزوجة للعمل المشروع بإذن زوجها لا يسقط نفقتها(١).

وقد أعملت المحكمة رقابة التناسب، بمعنى توافق القانون أو الإجراء المتخذ مع سبب القرار أو من الدستور(٢). وعندما تعمل المحكمة الدستورية رقابة التناسب يكفيها أن تمارس السلطة التشريعية اختصاصها تلك، مستلهمة في ذلك أغراضاً يقتضيها الصالح العام، في شأن الموضوع محل التنظيم التشريعي، وأن تكون وسائلها إلى تحقيق الأغراض التي حددتها، مرتبطة عقلاً بها(٣).

ومن ثم فقد وازنت المحكمة بين المصلحة العامة المتمثلة في الشرع الإسلامي الحنيف الذي يستوجب أن تقوم المرأة على أسرتها، وألا تبرح منزلها إلا بإذن زوجها أو لضرورة يقتضيها الشرع الحنيف، وأن هذا لا يسقط حقها

---

(١) جلسة ١٩٩٧/٥/٣ القضية رقم ١٨ لسنة ١٤ ق دستورية.

(٢) د. محمد فريد الزهيري، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري – رسالة دكتوراة – جامعة المنصورة سنة ١٩٨٩، ص ١٩،

د. ثروت عبدالعال ، الرقابة على الملاءمة ، مرجع سبق ذكره ص ٧١٦ ، ص ٧٢٩.

(٣) المحكمة الدستورية العليا ، جلسة ١٩٩٥/١/١٤، القضية رقم ١٦ س ١٥ ق. د، مجموعة الأحكام، الجزء السادس ص ٤٩٤.

والمحكمة الدستورية العليا، جلسة ١٩٩٨/٦/٦، القضية رقم ٤٢، س ١٧ ق. د، ورد النص الكامل له بالملحق رقم (١) للموسوعة الدستورية الشاملة للأستاذ/ حسام محفوظ من ص ١٠٠ إلى ص ١٠٥.

في النفقة، وبين حرية المرأة المكفولة في الإسلام، وحقها في العمل، وحقها في التنقل، وفقاً لما تقضي به الشريعة الإسلامية، من أن يكون الخروج لغرض ديني أو لنفع عام، فالحرية يجب أن تكون منضبطة، وأن مصدر هذا الانضباط هي حدود الشريعة الإسلامية، وما ترمي إليه من مصالح وأهداف عامة وخاصة، قال تعالي (تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَعْتَدُوهَا) (البقرة:٢٢٩)

من ثم تكون المحكمة قد أصابت حين رجحت جانب المصلحة العامة، مقررة أن النص القانوني المطعون عليه لا غبار عليه، ويتفق مع صحيح الدستور، ولا يخالف أحكامه.

ومن ثم، كان حكم المحكمة بإباحة العمل للمرأة بالشروط الميسرة التي تتخذ من فطرتها وخبرتها مرشحاً لأداء هذا العمل – كان ذلك رداً لكيد المشتدقين باسم الشريعة ومدعيي الدفاع عنها – فضلاً عما فيه من تحقيق للعدالة بين النوعين حيث تكون المساواة هي الأصل تحقيقاً لقوله تعالي (مَنْ عَمِلَ صَالِحاً مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَى وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهُ حَيَاةً طَيِّبَةً وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُمْ بِأَحْسَنِ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ)[1] (النحل:٩٧)

تجدر الإشارة إلى أن رقابة التناسب تجد أساساً في نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار الناشئة عن القرار في القضاء الإداري.

وقد قضي مجلس الدولة الفرنسي، بأنه لا يمكن تقرير المنفعة العامة لعملية ما إلا إذا كان ما تتضمنه من اعتداء على الملكية الفردية والمالية والمساوئ الاجتماعية المحتملة التي تتضمنها ليست باهظة بالنسبة للمنفعة التي تمثلها. فلا يمكن الاكتفاء بمعرفة ما إذا كانت العملية تمثل بنفسها منفعة عامة، بل يجب أيضاً أن يوضع في الميزان مضارها مع مزاياها وتكاليفها مع عائدها. وهذا ما أخذ به مجلس الدولة المصري في تحقيق التوازن بين المصلحة العامة،

---

(١) سورة النحر – أية ٩٧.

وبين الأضرار التي قد تلحق بالمواطنين[1].

وقد طبق المجلس الدستوري الفرنسي ذلك في قراره الصادر في ١١ أكتوبر ١٩٨٤ مقرراً: "إنه من الجائز للمشرع أثناء تنظيمه لحرية عامة استعمالا لسلطته المقررة في المادة ٣٤ من الدستور، أن يضع قواعد مشددة بالنسبة لمستقبل ، بدلاً من تلك القائمة إذا تطلبت الضرورة ذلك، فإنه ليس له بالنسبة للمراكز القائمة أن يقيدها إلا في حالتين أولاهما: أن تكون هذه المراكز قد اكتسبت بطريقة غير قانونية illégalement أو إذا كان تقييدها ضرورياً لضمان الهدف الدستوري المراد.

وحيث إنه من ناحية أخري، فيما يتعلق بالصحف اليومية الوطنية – "اليوميات الوطنية" – les quotidiens nationaux ، فإنه من الصعب إثبات أن العدد واختلاف الطابع والاتجاهات وشروط نشر هذه اليوميات يناهض حالياً استلزام التعدد بطريقة خطيرة، ويكون من الضروري لتنظيم هذه اليوميات المساس بالمراكز القائمة خاصة باللجوء إلى نقل أو إلغاء الامتيازات ضد رغبة القراء.

وقضي المجلس الدستوري بعدم دستورية أحد النصوص – في قانون الصحافة – استنادا إلى عدم تناسبه مع المساس بحرية الصحافة وفكرة الغلط البين في التقدير، دون النص صراحة على مصطلح عدم التناسب.

وبناء على ذلك يمكن القول أن رقابة التناسب لا يجد منها السلطة التقديرية للمشرع ، بل إن هذه الرقابة هي وسيلة لمواجهة هذه السلطة الواسعة. وتطبق هذه الرقابة على الضرورة والأهلية ومبدأ المساواة وتناسب التنظيم القانوني للحريات مع نطاق هذه الحريات ذاتها وقيمتها الدستورية.

---

(١) حكم مجلس الدولة المصري في القضاية رقم ٢٧٩٠ لسنة ٤٦ ق غير منشور أشار إليه د. زكي النجار في مؤلفه : فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية ١٩٩٧ ، ص ٦٠-ص ٦١.

وذهبت الباحثة بعد استعراض أحكام المحكمة في خصوصية حرية التعبير:

ونلاحظ على الأحكام السابقة:-

- أن المحكمة وازنت بين المصالح المختلفة المتعارضة، ورجحت حرية التعبير على ما سواها، باعتبار أن حرية التعبير هي أظهر مظاهر الحريات الشخصية، أو هو – أي التعبير – الحريات تتحدث بنفسها عن نفسها.

- أن المحكمة ترجع إلى الدستور لبيان حدود حرية التعبير، وعلاقتها بالحريات الأخرى، إذ المسلم به أن كل حرية أو حق نص عليه في الدستور يكون ذا وجود قانوني صحيح إطلاقاً أو تقييد بحسب ما تريد وعبرت عنه النصوص فما يجيزه الدستور جاز، وما لم يجزه لا يجوز وما سكت عنه فيه قول، فإذا انحاز بمعناه ومؤداه إلى رواق النصوص كان حكمه حكم ما نص عليه وجوباً أو جوازاً أو تحريماً، وإذا خرج عن كل دلالة ولم يقع في مدراج النصوص قط عبارة أو إشارة أو دلالة أو اقتضاء أو حتى قياساً، كان المرجع إلى الأصل مستصحبين إياه وهو الإباحة، وأكثر ما يتبدي ذلك في مجال الحقوق والحريات[١].

- أن المحكمة تقوم بتشييد التوازن بين السلطة والحرية، وهما مكونا النظام الدستوري، إذ أن النظام الدستوري يتكون بواسطة تعامل السلطات العامة وحريات المواطنين، بحيث يمكن القول بأن الدستور يؤسس قانوناً بواسطة السلطة والحرية.

- تقوم المحكمة بالتأكيد من ملاءمة اختيار الحلول التشريعية من جانب المشرع، دون التعرض لرقابة التكييف الاجتماعي للأسباب التي قام

---

(١) أ.إبراهيم إبراهيم شحاته: وظيفة القاضي عند فحص دستورية القوانين، مجلة مجلس الدولة، السنوات (٨-١٠)، ١٩٦٠، ص ٤١٠.

عليها التشريع، فإنها من ثم لا تتعارض مطلقاً مع الفصل بين السلطات بل هو أداء نوعي للرقابة الدستورية.

- تسترشد المحكمة الدستورية في عملها بالأعمال التحضيرية، لتهتدي إلى وجود ومقدار التناسب بيع التشريع والمصالح التي تغياها، وبغير تدخل في الاعتبارات التي أدت إلى صدور التشريع بهيئته المعروضة على المحكمة للفصل في مدي دستوريته، ولا تعرض لنية المشرع من التشريع. تصدر حكمها بدستورية أو عدم دستورية التشريع بناءً على ما هو ظاهر وبين من موافقته للدستور أو نأيه عنه.

ويعني ذلك أن هذه الرقابة تنطوي على رقابة التناسب Contrôle de l'opportunité بين اختيار الحلول من جانب المشرع. ويكون هناك انحراف أو عدم تناسب عند تصادم المشرع بشدة من النص الدستوري، أو مع مبدأ دستوري نتيجة إساءة المشرع تقدير الحل الذي اختاره بما يتنافي وبشكل واضح من المبادئ الدستورية. ويتم التعرف على الغلط أو عدم التناسب من خلال الوقوف على أسباب التشريع التي يبني عليها أو من ديباجته، إن كان له ديباجة في الأعمال التحضيرية، أو من المذكرة الإيضاحية، أو في مناقشات الأعضاء أو البيانات التي تلقيها الحكومة في شأن التشريع، أو مبررات حالة الإحالة في سن التشريع بغلط بين في تقدير وقائعه(١).

* ولا يفوتني في هذا المقام أن أنوه بأن المناسبة تعني النظر فيما إذا كان من المناسب بسبب حادث أو موقف معين إصدار تشريع، وما إذا كان إصدار التشريع إجراءً مناسباً للموقف أم مناسباً لتعديل تشريع قائم يحكم الحالة، وما إذا كان التشريع المقترح أو الواجب إصداره مما يناسب المناخ العام للأمر المزمع مواجهته بالتشريع مما يقتضي البحث في:

---

(١) المحكمة الدستورية العليا جلسة ١٩٨٦/٣/١، القضية رقم ٨ لسنة ٥ ق.د.

١- **تناسب النص مع الدستور**... ومن البديهي أن النص ملزم بأن يتوافق مع الدستور، وفى حالة المخالفة يكون هناك طعن لترد المحكمة الدستورية الأمر إلى نصابه.

٢- **تناسب التشريع المقترح مع النظام العام**..... فينبغي ألا يخل التشريع بالنظام العام الذي تواضعت عليه الجماعة.

٣- **تناسب التشريع المقترح مع السياسية العقابية** .... فلا يتصور أن يخالف التشريع السياسية العقابية، من حيث شرعية الجرائم والعقوبات، وعدم رجعية القوانين الجزائية، وعدم رجعية القوانين الجزائية، وعدم العقاب عن فعل واحد مرتين، والتزام الوضوح والتحديد في بيان ما يحل وما يحرم من الأفعال.

٤- **تناسب التشريع المقترح مع الأخلاقيات**.... ورعاية للمثل الإنسانية، وما تفرضه أخلاقيات التشريع من تقديس الذات الإنسانية، واحترام مبدأ صيانة الجسد والاعتبار ، باعتبارهما قيمتين أصليتين تفرضهما قواعد الأخلاق، ولا تجيز تعرضهما لقسوة ولا مهانة.

***بعبارة أخيرة، "فإن التناسب معناه النظر في الأسلوب الأمثل لتحقيق النتائج المراد بلوغها، أي أن التناسب يتعلق بالنتائج، أما الملاءمة فهي أن يكون الإجراء الذي نص عليه التشريع كوسيلة للعلاج ناجعاً في تحقيق النتيجة، ويمثل لهذه الحالة القرارات بقوانين التي يصدرها رئيس الدولة طبقاً للمادة ١٤٧ من الدستور لمواجهة حالات طارئة أو خطيرة وعاجلة، فالعجلة هنا تمثل المناسبة والإجراءات والجزاءات التي يتضمنها التشريع بما فيها من ملاءمة للحالة تمثل عنصر التوافق أو التلاؤم في الحالة المراد مواجهتها"(١).**

---

(١) د. هالة أحمد سيد أحمد المرجع السابق ص ٤٦١ وما جاء بالمتن هو إستخلاص كامل منها.

وفي تحليله للقضاء الدستوري في مصر وفرنسا أن أحد كبار الفقهاء[1]:-

المذهب السابق وذهب إلى أنه:-

تمارس رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري في مجال الحقوق والحريات والمبادئ الدستورية.

فالحق والحرية يمثلان المجال الحيوي، الذي يجري فيه القاضي الدستوري رقابته على التناسب.

فهو يقوم بالبحث عن مدي توافر التوازن بين الحريات الدستورية والحقوق الأساسية من ناحية، وبين المصلحة العامة المعترف بها والتي تتواجه معها من ناحية أخري.

وليس هنا مجال لعرض جميع الحقوق والحريات والمبادئ الدستورية، وإنما نعرض للحقوق والحريات والمبادئ التي تمثل المجال الذي تمارس فيه رقابة التناسب ومن ذلك الحقوق والحريات الشخصية أمر الفردية.

ومن أهم الحقوق والحريات التي تنتمي إلى هذه الطائفة، الحرية الشخصية والحق في الأمن، والحق في سلامة البدن والشخصية وحرمة المسكن، وحرمة الحياة الخاصة المراسلات والاتصالات، وحرية الإقامة والتنقل.

وتحرص إعلانات الحقوق والمواثيق الدولية، وكذلك الدساتير على النص عليها وتأكيدها وصيانتها، ووضع الضمانات الكافية لحمايتها من أي مساس أو اعتداء خاصة في مواجهة السلطات العامة. وتعتبر هذه الطائفة من الحقوق والحريات المجال الحيوي للرقابة على التناسب في مجال القانون الدستوري. حيث يقوم قاضي التناسب بقياس التوازن بين القيود التي يفرضها المشرع على مثل هذه الحقوق والحريات بحجة الحفاظ على النظام العام

---

(١) د. جورجي شفيق ساري رقابة التناسب المرجع السابق ص ١٢٧.

وتحقيق المصلحة العامة، يقيسها القاضي بميزان حساس، ليتحقق من مدي توافر أو انتفاء التناسب فيها.

وأمثلة الرقابة على التناسب فيما يتعلق بهذه الطائفة من الحقوق والحريات كثيرة وعديدة ومتنوعة.

فللمجلس الدستوري في فرنسا عدة قرارات بهذا الموضوع . ففيما يتعلق بالحرية الفردية. نجد أن إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩ ، والذي نصت ديباجة دستور ١٩٥٨ على تمسك الشعب الفرنسي بالمبادئ التي أتي بها هذا الإعلان مما يجعله جزءاً من الدستور، فقد نص هذا الإعلان في المادة ٨ منه على حد تناسب يتعين على المشرع مراعاته عند النص على العقوبات.

فقد نص على أنه لا يجب أن ينص القانون إلا فقط على العقوبات الضرورية بشكل واضح ودقيق.

وقد أكد هذا المعني المجلس الدستوري في قرارات جديدة له. نذكر منها على سبيل المثال قراره الصادر بتاريخ ٢٨ يوليو ١٩٨٩، والذي يقرر فيه أن مبدأ التناسب يتضمن في كل الأحوال والأوضاع أن الحد الكلي للجزاءات التي من المحتمل الحكم بها لا يتجاوز الحد الأعلى لأحد الجزاءات المستوجبة التطبيق.

وهو ما يعبر عنه بضرورة احترام مبدأ تناسب الجرائم والعقوبات، وفيما يتعلق بالتفتيش، فللمجلس الدستوري في فرنسا قرار شهير صدر في ١٢ يناير ١٩٧٧ ويتعلق بتفتيش السيارات.

في هذا القرار يري المجلس الدستوري أن هناك مساس بالحرية الفردية بسبب المدى والعمومية وعدم التحديد للصلاحيات الموكولة إلى سلطات الشرطة.

أو بعبارة اخري، فإن المجلس يري عدم تناسب هذه الصلاحيات بالنسبة للمبادئ التي تستند إليها حماية هذه الحرية (الحرية الفردية).

فالمجلس يقبل مبدأ تحديدها، للسعي وراء بعض الأهداف كصيانة النظام العام، ولكن يتطلب أن تكون حالات المساس بهذه الحرية معرفة بشكل دقيق، حتى يستطيع أن يفحص ما إذا كان التشريع لم يتجاوز ما هو ضروري.

والمجلس الدستوري يشير في هذا القرار إلى الشروط التي كان يتعين وضعها، حتى تكون الصلاحية الممنوحة بالقانون لقوات الشرطة صحيحة ومقبولة ومشروعة. مثل سن نظام قانوني للسلطات الاستثنائية، أو تهديد بالمساس أو بالإعتداء على النظام العام، أو وجود أو وقوع جريمة.

هذه الظروف فقط هي التي من الممكن أن تسمح باستثنان إجراء عام، ولكن محدد من حيث المدة التي يمكن أن يطبق خلالها.

إلى جانب هذه القرارات للمجلس الدستوري، يوجد للمجلس قرارات أخري كثيرة، تتعلق مثلاً بالتفتيش الضريبي ومدي اصطدامه بحرمة المسكن.

وإجراءات الشرطة الخاصة بالأجانب والتناسب بين ضرورة احترام المبادئ الأساسية للجمهورية الفرنسية بطريقة جادة وصيانة النظام العام من التهديد الخطير له، ويبين عدم المساس بالحرية الفردية التي يكفلها الدستور.

وللمحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية حكم يتعلق بسرية المراسلات، صادر بتاريخ ٢٠ يونيو ١٩٨٤، فقد طعنت مواطنة المانية من ألمانيا الغربية، وذلك قبل قيام الوحدة بين شطري ألمانيا، في دستورية إجراءات ما كان يسمي بالرقابة الإستراتيجية التي فرضها الوزير الاتحادي للبريد. وكانت هذه الإجراءات تتمثل في قراءة الخطابات والتصنت على المحادثات التليفونية الموجهة للدول الشرقية ، وذلك بعد التحري والتحقيق.

وفقاً لهذه المحكمة، فإن الهدف المجرد للقانون، المحدد في المادة ١٠ فقرة ٢ من القانون الأساسي، لا يمكن أن يتعلق إلا بالدفاع عن النظام الدستوري الديمقراطي والحر. والهدف المحسوس والفعلي من الإجراءات ليس هو، كما تدعي الطاعنة، الرقابة العامة لاتصال الأفراد مع الدول الشرقية، هدف كان سيكون غير دستوري، ولكن الهدف الفعلي هو جمع المعلومات المتناثرة والمختلفة وغير الشخصية لسد الطريق أمام خطر خارجي وقد قضت المحكمة برفض الطعن.

ويبدو هنا واضحاً دور القاضي في رقابة التناسب، فهو يبحث في مدي تناسب الإجراء مع الهدف المنشود في إطار أحكام الدستور.

وفي القضاء الدستوري المصري تطبيقات عديدة في هذا المجال. وبعد أن استعرض جانباً من هذه الأحكام ذهب الفقيه إلى:-

في هذه الأحكام يظهر واضحاً دور القاضي الدستوري في رقابة التناسب.

فهو يقوم بعملية ميزان دقيقة جداً ، بين الوسائل المستخدمة من قبل السلطة، والأهداف المطلوبة من وراء استخدام مثل هذه الوسائل، ومدي تحقيق التناسب بين هذه وتلك، ومدي مساس ذلك بالحقوق والحريات الفردية التي تضمنها الدستور ونص على صونها وحمايتها، ومدي جواز أو عدم جواز مثل هذا المساس، وما إذا كان ذلك في الحدود المقبولة أم تتجاوزها، وعلى ضوء كل هذا يحدد القاضي قراره ويصدر حكمه.

وهذا هو جوهر رقابة التناسب، كما رأينا فيما سبق.

وبالنسبة لحقي الملكية وحرية التجارة والصناعة أو حرب إنشاء المشروعات فإن مبدأ التناسب يظهر جلياً في تطبيقات القضاء الدستوري، ونذكر بعض الأمثلة، في قضاء المجلس الدستوري في فرنسا، وقضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر.

فبالنسبة لقضاء المجلس الدستوري في فرنسا، نجد عدة تطبيقات له فيما يتعلق بهذا الحقين.

فقد قرر بمناسبة قانون التأميم بأن تقدير المشرع بالنسبة لضرورة التأميم المقررة في القانون، والخاضعة لفحص المجلس الدستوري، لا مطعن عليه من قبل هذا المجلس، مع عدم وجود خطأ ظاهر في التقدير، حيث أنه لم يثبت أن نقل الأموال والمشرعات. ستضيق من نطاق الملكية الخاصة وحرية إنشاء المشروعات، للدرجة التي تعتبر تنكراً للأحكام المذكورة لإعلان ١٧٨٩.

وفى حكم آخر يقول أن هذين الحقين ليسا من الحقوق العامة ولا مطلقين

وفى قرار ثالث يقول أن سلطة المشرع في مواجهة هذين الحقين هي سلطة واسعة étendu، فهو يستطيع أن يضع عليهما من القيود، ما تقتضيه المصلحة العامة، بشرط ألا تؤدي هذه القيود إلى تشويه مضمون الحق ذاته.

فسلطة المشرع هنا تجد حدودها، في أنه يجب ألا تكون سلطة تحكميه أو تعسفية.

وسبق وأن رأينا أن المجلس الدستوري في فرنسا قد قضي أيضاً في صالح القانون الذي يضع قيودا على الدعاية والإعلان، لمكافحة التدخين، ورجح كفة المصلحة العامة، على حساب حرية التجارة والصناعة.

وبالنسبة لقضاء المحكمة الدستورية العليا نجد الكثيرة من التطبيقات في هذا المجال.

من ذلك مثلاً ما قررته فيما يتعلق بحق الملكية، ومدي المساس به بإجراءات نزع الملكية والتأميم والمصادرة والحراسة.

من هذه الأحكام والقرارات، سواء الصادرة من المجلس الدستوري في فرنسا أو من المحكمة الدستورية العليا في مصر، نري واضحاً رقابة التناسب والدور الذي يقوم به القاضي الدستور في هذا المجال.

فهو يوازن souperser في كلتي كفتيه الكميات المتعارضة quantités opposées، والتي في تعريفها لها ثقل poids محسوس مختلف.

وحتى لو كان ثقل هذه الحقوق خفيفاً نسبياً، بالنسبة للحقوق والحريات الأخرى، فإن الميزان la balance. سوف يرجح في أحد الاتجاهين حسب الميزان ووزن كل كفة.

فرقابة التوازن موجودة بالنسبة لحق الملكية وحرية الصناعة والتجارة، حتى ولو كان ثقلهما أقل من ثقل الحقوق والحريات الأخرى. وحتى لو كان المشرع يتمتع في مواجهتهما بسلطات تقديرية أوسع مما يتمتع بها في مواجهة باقي الحقوق والحريات، وحتى ولو كانت كفة المصلحة العامة وصالح المجتمع ترجح في غالب الأحيان، كفة صون حقوق الملكية وحرية الصناعة والتجارة، وحتى ولو كان قاضي الرقابة يضع حداً بسيطاً وخفيفاً، على السلطة التقديرية للمشرع في مجال تحديد أو تقييد هذه الحقوق، هذا الحد هو ألا يكون تقديره ينطوي على تحكم أو تعسف أو يتضمن تشويه لمضمون وجوهر الحق ذاته أو مصادرة أو إلغاء كامل له.

إذن فإن قاضي الرقابة هنا يضع كل الأمور في الميزان ليبحث عن مدي توافر التوازن la pondération ، بين ما يوجد في كلتي الكفتين. ليصل في النهاية إلى القرار القاطع في مدي تحقق التناسب من عدمه، في الموضوع المعروض عليه.

وفي تقييمه لإطار رقابة التناسب ذهب الفقيه الكبير[١] إلى:-

صاحب الكلمة الأعلى والأخيرة في موضوع التناسب في نطاق القانون الدستوري، هو القاضي المختص برقابة التناسب.

---

(١) د. جورجي المرجع السابق ص ١٨٣.

فهو الذي يفصل في الموضوع، ويبت في النزاع، ويحسم المسألة ، ويحكم في الدعوى المعروضة أمامه.

فعندما يعرض على القاضي نزاع معين، وتثار أمامه نصوص معينة، ويتمسك الأطراف بقواعد ومبادئ معينة. ويطلب منه الفصل في النزاع، فإن القاضي يقوم بتفسير كل هذا، وتحديد المعني والمفاهيم التي تنطوي عليها النصوص والقواعد والمبادئ والأحكام المثارة أمامه. وهو يلجأ في ذلك إلى أساليب وطرق وقواعد التفسير المعروفة.

ويقوم القاضي أيضاً باستخراج الشروط الكامنة في النصوص، وضوابط تطبيق القواعد، وحدود ونطاق إعمال الأحكام، حتى تلك التي لم تذكر صراحة.

ويقوم بعد ذلك ببحث مدي توافر التناسب أو التوازن ، بين عناصر النزاع المعروض أمامه، ليقطع النزاع بحكم حاسم، منهي للخصومة.

فدور القاضي هنا كدور الجراح الذي يجري عملية صعبة ودقيقة ويتوقف عليها حياة المريض. وما يصل إليه القاضي هنا هو ما سوف يحترمه الجميع، وما سوف تأخذ به كل سلطات الدولة، ولا يملك أحد أن يخرج عليه أو يخالفه، أو يتنكر له ويتجاهله.

ويعتبر القاضي هنا صمام أمان Soupape de sécurité للجميع، للدولة وللأفراد. فهو بعمله هذا يجنب المجتمع من الآثار الخطيرة التي قد تترتب على اصطدام المصالح، ويحمي المجتمع من أي هزة أو فجوة أو حتى انهيار في نظمه الأساسية وحسن سير مؤسساته الدستورية.

وهو يعتبر الحصن الذي يلوذ إليه الأفراد ، لحماية حقوقهم وحرياتهم الفردية، من أي اعتداء أو مساس من قبل السلطات العامة، خاصة السلطة التشريعية عن طريق وضع قيود مبالغاً فيها على حقوق وحريات الأفراد.

فالقاضي يضع برقابته حداً للقيود على الحقوق المعترف بها في الدستور.

ولذلك تعطي كثيراً من النظم الكلمة العليا في ذلك لقاضي الرقابة على التناسب، وهو عادة القاضي الدستوري. هكذا الوضع في ألمانيا وفي فرنسا وفي مصر وفي غيرها من دولة كثيرة.

ففي ألمانيا، نص صراحة وبشكل رسمي على رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري.

وقد أدي هذا إلى إعطاء هذا القاضي مكاناً مميزاً une place à part داخل النظم الأوربية.

ولأسباب تاريخية وسياسية وفقهية في ذات الوقت فإن ألمانيا عهدت بالمكانة الأولي في لعبة مؤسساتها للسلطة القضائية، والتي توجت ذاتها بالقاضي الدستوري.

فكان من الطبيعي إذن أن يشعر هذا القاضي في ذات الوقت بالحاجة والقدرة على أن يمنح نفسه ، بطريقة صريحة وبدون لبس أو غموض، أدوات الرقابة القضائية اللازمة لدورة الجديد. وهذه الأدوات تعطي لمن يملكها طاقة ضخمة لرقابة التناسب، وقد شعر القاضي الدستوري الألماني أنه قادر على فرضها.

فهذا القاضي قد أكد مكانته الدستورية، مؤسساً إياها مباشرة على فكرة دولة القانون ذاتها.

وهكذا فإن الاعتراف الدستوري برقابة التناسب، أدي إلى نتيجة رئيسية وهي:-

- إن القاضي الدستوري قد منح فعلاً بالواقع وبالقانون دور المشرف أو المراقب الأعلى superviser لسلطة الدولة بصفة عامة، والوظيفة القضائية

بصفة خاصة، وهو يملك إرادة رقابة التناسب، وتحديد وظيفتها، ومضمونها، ومدي قوتها.

وفي فرنسا، وإن لم ينص صراحة على رقابة التناسب، وإن لم يكن للقاضي الدستوري ذات المكانة العالية والرفيعة، التي لنظيره الألماني، إلا أنه فيما يتعلق برقابة الدستورية، ومن خلالها نجد أن المجلس الدستوري في فرنسا يمارس رقابة التناسب بشكل غير صريح، وهو يملك الكلمة الأعلى والأخيرة، في حسم مسألة الدستورية ومن داخلها مسألة التناسب بالنسبة لأي نص معروض عليه.

وتفسيرات المجلس الدستوري ، وتحديده للمعاني التي تنطوي عليها النصوص، وبيانه للشروط التي يتضمنها ويحتويها، كل هذا يلتزم به الجميع. ولا يستطيع أحد الخروج على هذه التفسيرات أو مخالفة هذه المعاني، أو تجاهل هذه الشروط وإلا وقع في حفرة عدم الدستورية.

فالقاضي الدستوري في فرنسا بتفسيراته الخلاقة، قام – في ذات الوقت – بإثراء الحريات المقررة دستوريا، وبتحديد دوافع أو بواعث المصلحة العامة ذات المكانة الدستورية أيضا، والتي من الممكن أن تقيد هذه الحريات، وقام بإجراء المصالحة بين هذه اللوازم (الحريات والمصلحة العامة) المتقابلة أو المتناقضة، عندما يكون هناك ما يدعو لإجرائها، بعد المشرع أو في الغالب في مكان المشرع أو بديلاً من المشرع.

ففيما يتعلق بالتعريف أو بالمضمون الصائب أو المضبوط للحريات المعترف بها دستورياً بشكل صريح بواسطة النصوص، أثبت القاضي الدستوري أنه يتمتع بحرية كبيرة في العمل.

وعلى سبيل المثال، بالنسبة لحرية العقيدة نجد أن هناك عدة نصوص ذات قيمة دستورية كان يمكن أن تكون بالنسبة لهذا القاضي كسند قاعدي، مثل المادة ١٠ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩، والفقرة

الخامسة من ديباجة دستور ١٩٤٦، والفقرة الأولى من المادة الثانية من دستور ١٩٥٨ التي تنص على أن الجمهورية تحترم كل العقائد.

ورغم ذلك فإن المجلس الدستوري، مع ربط هذه الحرية بأحكام إعلان الحقوق، فضلاً أن يعلن أن هذه الحرية يتعين أن ينظر إليها كأحد المبادئ الأساسية لقوانين الجمهورية.

وبهذه الصياغة - غير السعيدة بالنسبة للبعض - يسجل القاضي الدستوري جرية في التقدير، ويعطي الحرية المعنية هنا (حرية العقيدة) ، مضمون عام يجمع حرية كل الآراء الدينية والفلسفية والسياسية والاجتماعية.

فهذه الصياغة تسمح للقاضي الدستوري بحماية عدة حريات متنوعة في ذات الوقت. مثل حرية إبداء الآراء السياسية للموظفين الذين يمكن استشارتهم بواسطة هيئات محلفين وحرية الاعتقادات الأخلاقية أو الدينية لطبيب يرفض إجراء عملية إجهاض ، وحرية الضمير والمعتقد بالنسبة لمدرسي التعليم الخاص في مواجهة المؤسسات التي يعملون بها.

وهكذا يفعل القاضي الدستوري في فرنسا مع باقي الحقوق والحريات، حيث يعطي للحرية المعروضة أمامه تفسيراً ومعني، يسمح له للعمل والحركة والمناورة. مثل ما يفعل بالنسبة للمكونات المختلفة للحرية الفردية، مثل حق الإنسان في التصرف بحرية في جسده وشخصيته وحرية الذهاب والعودة وحرمة المسكن بل وحتى تلك الحريات التي خلفها القاضي الدستوري بتفسيراته واجتهاداته، مثل حرية إنشاء المشروعات وحرية الاجتماع.أو استقلال أساتذة الجامعة.

ومن هنا يبدو الدور المبدع والخلاق للقاضي الدستوري فهو يفسر ويبين ويوضح ويشرح ويستنبط ويستخرج، ويقارن ويوازن ، بل ويخلق وينشئ ويبدع، ثم يقرر، وقراره يفرض على الجميع، ويلتزم به الجميع ويحترمه الجميع ويتبعه الجميع.

وفي مصر نجد أن المحكمة الدستورية العليا تحتل مكانه سامية ليس فقط بين الهيئات التي تتولي القضاء، وإنما أيضاً بين سلطات وهيئات الحكم في الدول كلها.

وتتسم الرقابة التي تضطلع بها، بأنها "رقابة متوازنة، لا تميل كفتها في اتجاه دون آخر، ولكنها تتصف لأحكام الدستور وحدها وتعلي كلمتها على ما سواها بوصفها تعبيراً عن الإرادة الشعبية، وهي في استلهامها لهذه الإرادة لا تقنع من النصوص الدستورية بظاهر عباراتها، ولكنها تغوص في أعماقها متقصية مضامينها الحقيقة، كما أنها رقابة متطورة ترهب سمعها لحركة التاريخ، وترنو ببعدها إلى آفاق المستقبل، ولا تجمد عند لحظة معينة" وتقبع في دائرة مغلقة، ولكنها ترقب التطورات الفقهية والقضائية للقانون الدستوري المقارن، نائية بذلك عن التقيد بقوالب صماء لمفاهيم النصوص والدستور، باعتبار أن هذه النصوص لا تصمد مع الزمن إلا بقدر استجابتها لآمال الجماهير العريضة وتعبيرها عنها.

وتلك هي مهمة المحكمة الدستورية العليا، وهذا هو دورها ، وهذه هي أحكامها، في إطار هذا الدور"[١].

وفي تحديده لضوابط رقابة التناسب ذهب الفقيه إلى[٢] إلى أنه:-

- يتعين أن تكون هذه الرقابة منطقية وعقلانية ومعقولة وعادلة غير تحكمية وواقعية.

- كما يجب أن تكون متوافقة مع أصولها، ومتناسقة مع مرجعياتها، ومنسجمة مع المبادئ والأسس التي تقوم عليها.

كما أنه من الضروري أن تأخذ في حسبانها كل الظروف والملابسات

---

(١) المستشار/ ممدوح مصطفى حسن، تقديم مجموعة الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا من يناير ١٩٨٧ حتى آخر يونيو ١٩٩١، الجزء الرابع، ص ٥.

(٢) د. جورجي المرجع السابق ص ٢٠٤.

المحيطة بموضوعها. وأن تحاول قياس ما قيد ينتج عنها من آثار ونتائج على الصعيد الفعلي والواقعي في المستقبل، أي أن يكون لدي القائم عليها قدرة على التنبؤ بما يمكن أن يحدث في المستقبل من احتمالات بسبب النتيجة التي انتهت إليها رقابته.

كل هذه الحدود يراعيها القائم على رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري. فمن يقوم بها هم، في جميع النظم التي تطبق هذه الرقابة، قضاة متخصصون، ومأهلون للاضطلاع بهذه المهمة الحساسة والدقيقة، ويتوفر فيهم العلم الغزير، والخبرة الطويلة، والثقافة العالية، والتكوين الفكري والنفسي المعتدل والمتزن.

وقد يكون كل هذا ضمانة ضد ركوب متن الشطط من جانب من يقوم بهذه الرقابة.

وهم يتسمون بالحياد التام، وإن كان هناك انحياز من ناحيتهم فهو دائماً إلى جانب الحق والعدل والمساواة، وصون الحقوق وحماية الحريات الدستورية في حدودها المعترف بها، دون تهاون ولا مبالغة.

الفصل الثالث
القضاء الدستوري وعدم الاختصاص السلبي للمشرع

وفي تتبعه لفكرة الاختصاص السلبي للمشرع ذهب أحد الباحثين[1] إلى:-

استطاع المجلس الدستوري الفرنسي أن يخضع لرقابته حالات امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصاته التشريعية رغم عدم وجود النصوص التي تسمح بهذا النوع من الرقابة، وذلك في إطار ما يمارسه على دستورية التشريعات من رقابة وقائية سابقة بعد التصويت عليها وقبل إصدارها بصورة نهائية وفقاً لنص المادة ٦١ من الدستور الفرنسي الحالي والصادر في عام ١٩٥٨. وقد استطاع المجلس الدستوري – مستخدماً سلطته في التفسير – أن يرسم لنفسه نهجين قضائيين سمحا له بمواجهة حالات النقص و القصور التشريعي الناتجة عن امتناع المشرع عن التدخل لمعالجة ما يدخل في إطار اختصاصه من مسائل.

- ويستند النهج القضائي الأول للمجلس الدستوري إلى القواعد الدستورية المتعلقة بتوزيع الاختصاصات التشريعية بين البرلمان من ناحية والسلطة اللائحية من ناحية أخري، وأهم هذه القواعد ما تضمنته المواد ٣٤ و ٣٧ من دستور ١٩٥٨، بالإضافة إلى بعض النصوص الدستورية الأخرى. وبمقتضى هذه القواعد يتم تحديد مجالات تدخل البرلمان تشريعياً على سبيل الحصر، بحيث تنعدم تقريباً سلطته التقديرية بشأن التشريع في هذه المجالات، إلا فيما يتعلق بإمكانية تفويض بعض اختصاصاته التشريعية للحكومة كي تمارسها بقرارات لائحية استنادا إلى نص المادة ٣٨ الدستور ويرتب المجلس الدستوري على ذلك نتيجة هامة مؤداها أن المشرع يكون متنازلاً عن اختصاصه إذا

---

(١) د. عيد أحمد الغفلول فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع دراسة مقارنة دار الفكر العربي وأنظر في تطبيقات قضائية حديثة لهذه الفكرة د. محمد عبداللطيف تطورات القضاء الدستوري في فرنسا في خمس سنوات ص ٤٨ وما بعدها.

تراجع عن التدخل التشريعي حيث يلزمه الدستور بذلك، كما أنه يكون متخليا عن اختصاصه التشريعي كذلك إذا أفرط في تفويضه إلى السلطة اللائحية.

وقد سار قضاء المجلس الدستوري الفرنسي على ذلك منذ نهاية الستينيات من القرن الماضي ، وحتى يومنا هذا.

وعلى ذلك يكون المجلس الدستوري الفرنسي قد أقر – من خلال النهج القضائي الأول – صورتين لعدم الاختصاص السلبي للمشرع وهما: صورة امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي، وصورة تنازله عن ممارسة هذا الاختصاص للسلطة اللائحية عن طريق الإفراط في الإحالة إلى السلطة التنفيذية لتنظيم بعض المسائل الداخلية في نطاق اختصاصه بمقتضى الدستور. بالإضافة إلى أحكام صدرت عنه يحث فيها المشرع على عدم الإيحاء للسلطة التنفيذية بالإضافة إلى القوانين بمناسبة تنفيذها.

- أما النهج القضائي الثاني أو المدخل الأخر للمجلس الدستوري إلى مراقبة حالات الامتناع التشريعي فيتمثل في قيام المجلس بمراقبة الثغرات التي قد تشوب قوانين دخلت في التطبيق بالفعل، وتكون قد نتجت عن سهو أو إغفال من جانب المشرع. ويقوم المجلس الدستوري بذلك بمناسبة تدخله لمراقبة دستورية القوانين المعدلة للقوانين الموجودة فعلاً وذلك في حالة إذا ما طلب منه التدخل في إطار ما يمارسه من رقابة سابقة لفحص مدي دستورية هذه التعديلات إذا تعلق الأمر بقانون عادي أو بأحد أحكام المعاهدات الدولية، أو إذا خضعت هذه التعديلات لرقابته بصورة تلقائية إذا كان المطلوب تعديله قوانين أساسية أو حكماً في إحدى اللوائح الداخلية للمجالس النيابية. وقد سبق للمجلس الدستوري الفرنسي أن استخدام هذا الأسلوب في الرقابة على امتناع المشرع في حكمه رقم ١٤٢-٨٢ الصادر ف ٢٧ يوليو ١٩٨٢.

رقابة الامتناع التشريعي في النمسا:

في النظام الدستوري النمسوي لا يعد الامتناع التشريعي في ذاته وجهاً من وجوه عدم الدستورية؛ فالمبدأ هو أن تدخل المحكمة الدستورية النمساوية

لمباشرة مهمتها في الرقابة على دستوريته مرهون بخروج القاعدة القانونية موضوع الرقابة إلى حيز الوجود.

ومع ذلك يمكن للمحكمة الدستورية أن تتخذ من افتقار النظام القانوني إلى قاعدة قانونية معينة، أو امتناع المشرع عن التدخل لتسوية مسألة بعينها سبباً للحكم بعدم دستورية قاعدة قانونية قائمة بالفعل بحيث تكون رقابة المحكمة للامتناع التشريعي رقابة غير مباشرة عن طريق الحكم بعدم دستورية قاعدة قانونية صدرت بالفعل عن المشرع ولكنها تتسم بالنقص وعدم القدرة على تسوية المسألة التي صدرت لتنظيمها. وتستشف المحكمة امتناع المشرع في مثل هذه الحالات من خلال تخلفه عن إصدار قاعدة مكملة للقاعدة التي اعتراها النقص بحيث يترتب على ذلك فراغ تشريعي تتخذه المحكمة سبباً للحكم بعدم دستورية القاعدة التي صدرت منقوصة بما يحث المشرع على التدخل لتسوية المسألة بصورة كاملة.

وتستند المحكمة الدستورية في ذلك إلى تفسيرها للنصوص الدستورية التي تعالج الاختصاص التشريعي للبرلمان ، ومثال ذلك تفسيرها لنص الفقرة الثانية من المادة ١٨ من الدستور النمسوي والتي على أساسها أصدرت المحكمة أحكاماً متعددة من هذا النوع. وتنص هذه الفقرة على أن: "لكل هيئة إدارية أن تصدر ما تراه من لوائح، في حدود دائرة اختصاصها وفقاً للقانون".

وتلقي هذه الفقرة على عاتق المشرع التزاما دستورياً بضرورة وصف وتحديد المسائل الداخلة في اختصاصه الهيئات الإدارية. ومن خلال تفسيرها لهذه الفقرة استطاعت المحكمة الدستورية في العديد من أحكامها التأكيد على أن من شأن إغفال المشرع وصف المسائل الداخلية في اختصاص مجالس المدن في القانون الخاص بذلك أن يدمغ هذا القانون بعدم الدستورية. وفي هذا الخصوص تقول في أحد أحكامها بأنه "إذا لم يحتو القانون على الوصف الدقيق للمسائل التي صدر لتحديدها بحيث يمثل ذلك مخالفة لأحكام الدستور، فإن عدم الدستورية لا تصيب إلا القانون الذي كان ينبغي أن يحتوي على هذا الوصف ،

ففي مثل هذه الحالة لا يمكن محو المخالفة لأحكام الدستور إلا من خلال إلغاء هذا القانون، وليس من خلال الاكتفاء بإلغاء ما حمله القانون من وصف غير دقيق للمسائل التي صدر من أجل تحديدها.

وبالإضافة إلى ذلك، تبسط المحكمة الدستورية النموسية رقابتها على امتناع المشرع إذا كان من شأن هذا الامتناع إهدار مبدأ المساواة الذي تنص عليه نصوص الدستور.

ويعد هذا مسلكاً حديثاً نسبياً من جانب المحكمة التي ظلت حتى منتصف السبعينات من القرن الماضي رافضة لأن يرتب مبدأ المساواة التزامات دقيقة ومحددة بالنسبة للمشرع. غير أن هذا الموقف لم يدم حيث بدأت المحكمة تبني موقفاً مغايراً من مسألة علاقة المشرع بمبدأ المساواة وذلك بمناسبة حكميها رقم ٧٩٤٩ الصادر في عام ١٩٧٦، ورقم ٨١٠٧ الصادر في عام ١٩٧٧ . وطبقاً للفقه النمسوي، فقد استطاعت المحكمة من خلال هذين الحكمين أن تسري مبدأ ضرورة التحرك الإيجابي من جانب المشرع لوضع مبدأ المساواة موضع التطبيق مؤكدة على عدم دستورية أي تشريع لا يحقق المساواة التي يتطلبها الدستور إلا بصورة جزئية. ثم توالت الأحكام الصادرة بعدم دستورية التشريعات التي من شأنها تحميل طائفة من الناس التزامات زائدة بصورة تحكمية ، أو الإفراط في منح الامتيازات لطائفة أخري ، لأن معني ذلك إغفال المشرع لالتزامه الدستوري بالبعد عن التمييز بين أفراد المجتمع.

كما أكدت المحكمة الدستورية في أحكام أخري لاحقة على أن إغفال المشرع أخذ تغير الواقع والظروف الاجتماعية في الحسبان أثناء ممارسته للعملية التشريعية يمكن أن يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المساواة، وبالتالي الحكم بعدم دستورية أي تشريع لا يأخذ في اعتباره بصورة كاملة ظروف وأحوال المخاطبين بأحكامه، بحيث يمكن القول بأنه قد عالج المسألة التي من أجلها صدر بصورة جزئية فقط. ويظهر ذلك جلياً في الأحكام التي أصدرتها المحكمة بشأن التشريعات الخاصة بنفقات الأرامل ومعاشات الموظفين وكذلك بعض

التشريعات الضريبية، ففي حكم لها صدر في ١٩ سبتمبر ١٩٨٦ تقول المحكمة بأن "مجافاة قائمة الاستثناءات الضريبية المرفقة بالقانون لمبدأ المساواة تعكس في ذاتها كل آثارها على دستورية القاعدة الموضوعية الضريبية التي يحتويها القانون وتجعلها بالتالي منافية لمبدأ المساواة...".

رقابة الامتناع التشريعي في مصر:

المتأمل في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر لابد وأن يلحظ اتجاهها نحو إدانة حالات الامتناع التشريعي خصوصاً في صورته الجزئية المتمثلة في قيام المشرع بتنظيم مسألة أو مسائل معينة بصورة منقوصة يمكن أن يترتب عليها فراغ تشريعي لا يتماشي مع التزام المشرع بضرورة ممارسة اختصاصه التشريعي على الوجه المبين بالدستور.

ويمكننا في هذا الخصوص التمييز في قضاء المحكمة الدستورية العليا بين حالات الرقابة الدستورية غير المباشرة وحالات الرقابة المباشرة على الامتناع التشريعي ، وهي الحالات التي اتجهت فيها المحكمة مباشرة إلى الحكم بعدم دستورية النص الخاضع لرقابتها لعجزه عن تنظيم موضوعه بصورة كاملة.

وقد صدرت عن المحكمة الدستورية العليا أحكام بعدم دستورية بعض النصوص الخاضعة لرقابتها استنادا إلى خلو هذه النصوص من بعض القواعد التي بدونها لا يمكن القول بقدرة النص على معالجة المسألة أو المسائل التي صدر لتنظيمها بصورة تضمن توافقه من مبادئ الدستور أو عدم مخالفته لها.

ومن الأحكام الصادرة بهذا المعني حكم المحكمة الصادر في القضية رقم ١٦٢ لسنة ١١ قضائية "دستورية" في ٧ مارس ١٩٩٨[١] حيث قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة ٢٦ من قانون

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا، الصادر في ٧ مارس١٩٩٨ في القضية رقم ١٦٢ لسنة ١١ قضائية دستورية، الجريدة الرسمية، العدد ١٢ الصادر في ١٩ مارس ١٩٩٨.

هيئة قضايا الدولة الصادر بالقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٣، فيما لم يتضمنه من وجوب سماع أقوال عضو الهيئة في مرحلة التحقيق.

وكانت المادة ٢٦ من قانون هيئة قضايا الدولة المشار إليه تنص على أنه:-

"تنظيم اللائحة الداخلية الأحكام الخاصة بتأديب أعضاء هيئة القضايا. والعقوبات التي يجوز توقيعها هي: الإنذار – اللوم – العزل".

وتقام الدعوى التأديبية من وزير العدل بناء على طلب من رئيس الهيئة.

ولا يقدم هذا الطلب إلا بناء على تحقيق جنائي، أو بناء على تحقيق إداري يتولاه أحد وكلاء الهيئة بانتداب من وزير العدل بالنسبة لغيرهم من الأعضاء".

وفى حكمها الصادر في هذه القضية قضت المحكمة الدستورية – كما أشرنا آنفا – بعدم دستورية نص الفقرة الثالثة (الأخيرة)، من قانون هيئة قضايا الدولة سالف الذكر فيما لم تتضمنه من وجوب سماع أقوال عضو الهيئة في مرحلة التحقيق.

وفي بيان أسباب ما قضت به تقول المحكمة الدستورية العليا.

"وحيث إن ضمان الدستور لحق الدفاع قد تقرر باعتباره أحد الأركان الجوهرية لسيادة القانون، كافلاً للخصومة القضائية عدالتها، وبما يصون قيمتها، ويندرج تحتها ألا يكون الفصل فيها بعيداً عن أدلتها، أو نابذاً الحق في إجهاضها من خلال مقابلتها بما يهدمها من الأوراق وأقوال الشهود، فلا يكون بنيان الخصومة متحيفاً حقوق أحد من الخصوم، بل مكافئاً بين فرصهم في مجال إثباتها أو نفيها، استظهارا لحقائقها، واتصالا بكل عناصرها. متى كان ذلك؛ وكان نص الفقرة الثالثة من المادة (٢٦) من قانون الهيئة، قد خلا مما يحتم سماع أقوال العضو المحال إلى التحقيق، فإن مضمونه يكون دائراً في الفراغ، ولا يجوز أن ينبني عليه اتهام".

وفي تقديرنا فإن هذا الحكم بعدم دستورية نص في الفقرة الثالثة من المادة ٢٦ من قانون هيئة قضايا الدولة سالف الذكر، إنما يدخل في إطار ما أسميناه رقابة المحكمة الدستورية "المباشرة" على امتناع المشرع؛ فنحن في الواقع أمام تدخل مباشر من جانب المحكمة الدستورية للحكم بعدم دستورية نص تشريعي اعتراه النقص بحيث أصبح عاجزاً عن تنظيم موضوعه بصورة تتفق وأحكام الدستور، ويعني ذلك أننا أمام إدانة مباشرة لامتناع المشرع عن صياغة نصوص التشريع بصورة كاملة تمكنها من تنظيم موضوعاتها بصورة تتفق وأحكام الدستور. والملاحظ على هذا الحكم أنه تضمن دعوة من جانب المحكمة للمشرع بضرورة التدخل بنفسه لإكمال ما إعتري النص المقضي بعدم دستوريته من نقص.

وموقف محكمتنا الدستورية في هذا المقام لا يختلف عن موقف المحاكم الدستورية التي تتصدي - كما سبق ورأينا - لمحاصرة حالات الامتناع التشريعي الجزئي، وإن كان بعض هذه المحاكم يذهب أحياناً إلى حد التدخل بنفسها لإكمال النقص الذي إعتري بعض النصوص بقواعد قضائية.

ولذلك فنحن لا نتفق مع ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور أحمد فتحي سرور من اعتبار أن الحكم قد صدر عن المحكمة الدستورية العليا في إطار رقابتها غير المباشرة على امتناع المشرع(١).

رقابة الامتناع التشريعي في ضوء النص في المادة ٢ من دستور ١٩٧١ على اعتبار الشريعة الإسلامية "المصدر الرئيسي للتشريع".

عُدلت المادة الثانية من دستور ١٩٧١ في ٢٢ مايو ١٩٨٠ لتنص على أن الشريعة الإسلامية هي "المصدر الرئيسي للتشريع" . بعد أن كانت مجرد "مصدر رئيسي للتشريع" بمقتضي نص المادة الثانية من الدستور قبل تعديلها.

---

(١) راجع دكتور أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية، المرجع السابق، ص ٢٠٦ - ٢٠٧.

وقد أدي تعديل المادة الثانية من الدستور إلى إحداث انقسام في فقه القانون العام حول المرتبة التي أصحبت مبادئ الشريعة الإسلامية تحتلها على سلم القواعد القانونية في مصر بعد أن أصبحت "المصدر الرئيسي للتشريع". وقد تمخض هذا الخلاف الفقهي عن ثلاثة آراء متباينة في هذا الشأن(١).

فقد ذهب رأي أول إلى أن تعديل المادة الثانية من الدستور في عام ١٩٨٠ لكي تصبح أحكام الشريعة الإسلامية "المصدر الرئيسي للتشريع" بعد أن كانت "مصدر رئيسي للتشريع" لا أثر له على المكانة التي تحتلها مبادئ الشريعة الإسلامية في القانون المصري، لأن المقصود بالمصدر في مفهوم المادة الثانية من الدستور هو المصدر الموضوعي للتشريع وليس المصدر الشكلي، بمعني أن الشريعة الإسلامية قد ارتقت ، بمقتضي التعديل الدستوري لنص المادة الثانية، إلى قمة المصادر الموضوعية الأخرى من مصادر فلسفية وسياسية وأخلاقية وخلافه، والتي يهتدي بها المشرع أثناء صياغة القواعد القانونية ، ولكنها لا ترتقي إلى مصاف المصادر الشكلية للقانون، وبالتالي ليس لها في ذاتها قيمة قانونية، كما أنها لا تلقي على عاتق المشرع من الالتزام أكثر مما تلقيه على عاتقه المصادر الموضوعية الأخرى التي يأخذها في اعتباره وهو بصدد القيام بمهمة التشريع.

وذهب فريق آخر من الفقهاء إلى أن المادة الثانية من الدستور والتي تم تعديلها في عام ١٩٨٠ بحيث أصبحت الشريعة الإسلامية "المصدر الرئيسي للتشريع"تتضمن خطاباً مزدوجاً إلى المشرع والقاضي الدستوري على السواء، وبمقتضي هذا الخطاب فإن المشرع أصبح يمتنع عليه أن يصدر من القوانين ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، كما ينبغي عليه أن يقوم بتنقية التشريعات القائمة مما يتنافي مع أحكام الشريعة الإسلامية. أما القاضي الدستوري فيحتم عليه ضرورة الحكم بعدم دستورية التشريعات التي يحتويها النظام القانون المصري، وتكون مخالفة لشريعة الإسلام كلما سمحت الفرصة بذلك.

---

(١) راجع في تفاصيل هذا الخلاف الفقهي: دكتور عادل عمر شريف؛ قضاء الدستورية، المرجع السابق ص ٢٠٨ وما بعدها، و ص ٢٢١ وما بعدها.

وأخيراً ذهب رأي ثالث في الفقه إلى أن خطاب المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها موجه بالأساس إلى البرلمان وإلى السلطة التنفيذية بضرورة العمل على عدم إصدار تشريعات أصلية أو فرعية تناقض أحكام الشريعة الإسلامية وذلك اعتبارا من تاريخ تعديل الدستور في عام ١٩٨٠. وفي ذات الوقت البدء في تخليص النظام القانون المصري شيئاً فشيئاً مما يحتويه من تشريعات مخالفة للشريعة الإسلامية.

ومن الملاحظ أن الرأي الأخير هو الذي فضلته المحكمة الدستورية العليا، وأخذت به بمناسبة ما أصدرته من أحكام تتعلق بأثر تعديل المادة الثانية من الدستور في عام ١٩٨٠ على مكانة مبادئ الشريعة الإسلامية في القانون المصري.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية في حكمها الصادر في القضية رقم ٢٠ لسنة ١ قضائية:

"وحيث أن إعمال المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها – على ما تقدم بيانه وإن كان مؤداه إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي لما يضعه من تشريعات بعد التاريخ الذي فرض فيه هذا الإلزام بما يترتب عليه من اعتباره مخالفاً للدستور إذا لم يلتزم بذلك القيد، إلا أن قصر هذا الالتزام على تلك التشريعات لا يعني إعفاء المشرع من تبعة الإبقاء على التشريعات السابقة – رغم ما قد يشوبها من تعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية – وإنما يلقي على عاتقه من الناحية السياسية مسئولية المبادرة إلى تنقية نصوص هذه التشريعات من أية مخالفة للمبادئ سالفة الذكر، تحقيقاً للاتساق بينها وبين التشريعات اللاحقة في وجوب اتفاقها جميعاً مع هذه المبادئ وعدم الخروج عليها"(١).

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في القضاية رقم ٢٠ لسنة ١ قضائية "دستورية" مجموعة أحكام المحكمة اللجوء، الثالث، ص ٢٠٩.

وراجع كذلك ما صدر عن المحكمة في هذا الخصوص وفي ذات المعنى في القضايا التالية:-

وهكذا فقد فرقت المحكمة الدستورية العليا بوضوح بين التشريعات الصادرة خلال الفترة السابقة على تعديل المادة ٢ من الدستور في عام ١٩٨٠، والتي يعود أمر التصرف فيما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية منها إلى المشرع ذاته، وذلك لتفادي ما يمكن أن يحدث من فراغ تشريعي بسبب الحكم بعدم دستوريتها ، والتشريعات الصادرة بعد التعديل الدستوري، والتي لابد وأن تكون مطابقة لأحكام الشريعة الإسلامية.

وينتج عن ذلك أن أحكام الشريعة الإسلامية تدخل ، منذ تعديل المادة الثانية من الدستور في عام ١٩٨٠، في إطار مجموعة القواعد الدستورية التي تتخذها المحكمة الدستورية العليا مرجعاً لها في الرقابة على دستورية القوانين.

يمكن القول إذن بأن الدستور الذي لابد وأن تصدر جميع التشريعات بالتطابق مع أحكامه لم يعد فقط الدستور بالمعني الشكلي أي مجموعة القواعد المدونة في الوثيقة الدستورية، وإنما علاوة على ذلك الدستور بالمعني الموضوعي الذي يشمل قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية التي وإن لم يحتويها الدستور إلا أن لها قيمة دستورية منذ تعديل المادة الثانية من الدستور في عصر ١٩٨٠.

والواقع أن أقل ما يمكن استخلاصه من حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٠ لسنة١ قضائية، وكذلك من الأحكام التي أصدرتها المحكمة في هذا الخصوص في أوقات لاحقة، أن المحكمة الدستورية العليا بما لها من اختصاص بالرقابة على دستورية التشريعات وتفسير أحكام الدستور، قد ألقت

- حكم المحكمة الصادر في ١٩٩٢/٩/٥م في القضية رقم ٦٢ لسنة ١٣ قضائية دستورية.
- حكم المحكمة الصادر في ١٩٩٦/٩/٧م في القضية رقم ٦٧ لسنة ١٧ قضائية دستورية.
- حكم المحكمة الصادر في ١٩٩٧/٢/٢١ في القضية رقم ٦٥ لسنة ١٥ قضائية دستورية.

على عاتق المشرع بالتزام مزدوج يتمثل في ما يلي:-

أولاً:- الامتناع عن سن التشريعات المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية (قطعية الثبوت والدلالة) على حد وصف المحكمة في أحكام صدرت عنها في تواريخ لاحقة[1]، وذلك اعتبارا تعديل من المادة الثانية من الدستور في ٢٢ من مايو عام ١٩٨٠.

ثانياً- المبادرة إلى تنقية نصوص التشريعات الصادرة في تواريخ سابقة على تاريخ تعديل المادة الثانية من الدستور، من أية مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية (قطعية الثبوت والدلالة).

ومما لا شك فيه أن من السهل مراجعة مدي اتفاق ما يصدره المشرع من تشريعات في الفترة اللاحقة على تعديل المادة الثانية من الدستور في ٢٢ مايو ١٩٨٠، مع أحكام الشريعة الإسلامية قطيعة الثبوت والدلالة، وحتماً فإن مصير المخالف من هذه التشريعات لأحكام الشريعة الإسلامية هو عدم الدستورية، وذلك اتساقا مع ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية ذاتها منذ أو لحكم لها أصدرته في هذا الخصوص في عام ١٩٨٥ في القضية رقم ٢٠ لسنة ١ قضائية.

لكن المشكلة الحقيقية تكمن في التشريعات المخالفة للشريعة الإسلامية والصادرة في تواريخ سابقة على تعديل المادة الثانية من الدستور في مايو ١٩٨٠ لكي تصبح مبادئ الشريعة الإسلامية "المصدر الرئيسي للتشريع".

والمتأمل في حيثيات الحكم الذي أصدرته المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٠ لسنة ١ قضائية سالفة الذكر لابد وأن يلحظ أن التزام المشرع بتنقية نصوص هذه التشريعات من أية مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية هو مجرد "التزام سياسي" عبرت عنه المحكمة بقولها:

---

(١) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية الصادرة في ١٩٩٣/٥/١٥، المجموعة، الجزء الخامس، المجلد الثاني ص ٢٦٠.

"إن إعمال المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها .... يلقي على عاتق المشرع من الناحية السياسية مسئولية المبادرة إلى تنقية هذه التشريعات اللاحقة في وجوب اتفاقها جميعاً مع هذه المبادئ وعدم الخروج عليها".

والالتزام السياسي الذي قصدته المحكمة الدستورية يختلف حتماً عن "الالتزام القانوني" الذي ألقته المحكمة – بناء على تفسيرها لنص المادة الثانية من الدستور بعد تعديله – على عاتق المشرع بضرورة عدم إصدار تشريعات مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية في الفترة اللاحقة على تعديل هذا النص في ٢٢ مايو ١٩٨٠، وإلا كان مصيرها عدم الدستورية.

ووجه الاختلاف بين هذين الالتزامين، أن الالتزام القانوني يعني أن يصدع المشرع لأمر الدستور بضرورة الالتزام بمبادئ الشريعة الإسلامية أثناء التشريع، أما الالتزام السياسي فيفتح الباب أمام إعمال السلطة التقديرية للمشرع، بحيث تحكم في عملية تنقية التشريعات السابقة على تعديل الدستور في عام ١٩٨٠ من أوجه مخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية، اعتبارات ملاءمة التشريع التي تخرجها المحكمة الدستورية العليا من نطاق رقابتها على دستورية التشريعات.

ويعني ذلك أنه مهما طالت فترة امتناع المشرع المصري عن التدخل لتنقية التشريعات السابقة على تعديل المادة الثانية من الدستور في عام ١٩٨٠ من مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية، فإن امتناعه لن يكون بحال من الأحوال وجهاً للطعن بعدم دستورية التشريعات السابقة على تعديل المادة ٢ من الدستور والمخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية حتى ولو إنطوي هذا المسلك على تخلي المشرع عن اختصاصاته التشريعية(١).

---

(١) هذا المسلك من جانب المحكمة الدستورية العليا في مصر يناقض تماماً ما أقدمت عليه بعض المحاكم الدستورية الأوربية وخصوصاً المحكمة الدستورية الألمانية من إخضاع امتناع المشرع للرقابة الدستورية، إذا أنطوي هذا الامتناع عن تخلي المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي الثابت بالدستور.

وهذا بالضبط ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية بقولها: "إن إنفاذ حكم المادة الثانية من الدستور لم يكن مشروطاً بتدخل السلطة التشريعية لتبادر بنفسها إلى تنقية القوانين القائمة مما قد يشوبها من عوار مخالفتها لمبادئ الشريعة الإسلامية، بل اقترن هذا التعديل بحثها على أن تفعل ذلك ضماناً لاتساق هذه القوانين – في نسيجها – مع الأصول الكلية للعقيدة الإسلامية، وليكون عمل السلطة التشريعية – وقد تعلق بالقوانين السابقة على تعديل المادة الثانية من الدستور – متناغماً مع عمل المحكمة الدستورية العليا فيما يصدر عنها من قضاء في شأن القوانين الصادرة بعد التعديل.

ومن ثم تتكامل هاتين الحلقتين في إرسائهما للأسس الجوهرية لتلك العقيدة. والقول بنكول السلطة التشريعية عن مهمتها هذه أو تراخيها في ولوج أبوابها، مما يخرج عن نطاق الرقابة القضائية التي تباشرها هذه المحكمة تثبيتاً للشرعية الدستورية، ذلك أن مناطها تلك النصوص القانونية التي أقرتها السلطة التشريعية أو التي أصدرتها السلطة التنفيذية في حدود صلاحيتها، ولا شأن لها بتخلي أحدهما عن واجباتها، ولا بتفريطها في مسئوليتها، بل مرد أمرها إلى هيئة الناخبين التي منحتها ثقتها"[1].

وما يلفت النظر في عبارات المحكمة الواردة بهذا الحكم، هو إدعائها بأن "نكول السلطة التشريعية عن مهمتها أو تراخيها في ولوج أبوابها، مما يخرج عن نطاق الرقابة القضائية التي تباشرها هذه المحكمة تثبيتاً للشرعية الدستورية..."، وبأن:-

"... لا شأن لها بتخلي إحداهما (السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية) عن واجباتها، ولا بتفريطها في مسئوليتها، بل مرد أمرها إلى هيئة الناخبين"

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٤ يناير ١٩٩٧ في القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية دستورية، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الثامن، ص ٢٠٩.

ولا شك أن مسلك المحكمة هذا مفرط في الغرابة، فإذا لم يكن للقاضي الدستوري بمهمته التي تدركها المحكمة جيداً شأن بتخلي المشرع عن واجباته ولا بتفريطه في مسئوليته فمن هو صاحب الشأن إذن، هل هي "هيئة الناخبين" التي درجت حكومات العالم الثالث على تزييف إرادتها؟، ولماذا أقدمت العديد من المحاكم الدستورية الأوربية على محاصرة حالات الامتناع التشريعي وإدانتها في ظل نظرية نسجت خيوطها هي نظرية "عدم الاختصاص السلبي للمشرع" القائمة على أساس أن مخالفة المشرع للدستور ليست فقط إيجابية تتمثل في إقباله على سن تشريعات مخالفة للدستور ،إنما قد تكون مخالفة سلبية تتمثل في امتناعه على التدخل التشريعي كلما إنطوي هذا الامتناع على تخل من جانبه على واجبه الدستوري أو تفريط في مسئوليته الدستورية. ألم يكن حرياً بالمحاكم الدستورية الأوربية أن تعول أكثر من غيرها على "هيئة الناخبين" التي قليلاً ما تُزيف إرادتها(١).

إن موقف المحكمة الدستورية العليا، يعني ترك الحبل على الغارب للمشرع فيما يتعلق بتنفيذ التزامه "السياسي" (وفقاً لما ذهب إليه المحكمة) بتنقية الشريعات السابقة على تعديل المادة الثانية من الدستور من مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية، وفي ذلك يقول أحد كبار فقهاء القانون العام في مصر – تعليقاً على موقف المحكمة في القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية سالفة الذكر – بأنه:-

"في تقديرنا أن هذا القضاء في منتهي الخطورة لأن المعيار الزمني الذي تقول به المحكمة معناه أنها نصبت السلطة التشريعية قاضياً دستورياً بشأن القوانين السابقة على التعديل، وهو أمر يتناقض بحدة مع الشرعية الدستورية، خصوصاً وأن المحكمة ترفض تطبيقها هذا المعيار الزمني لإقرار موقف محكمة النقض من رقابة النسخ..."(٢).

---

(١) راجع ما سبق بشأن رقابة الامتناع التشريعي في قضاء المحاكم الدستورية الأوربية، وخصوصاً في قضاء المحكمة الدستورية الألمانية.

(٢) دكتور سامي جمال الدين، والقانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا حتى نهاية عام ٢٠٠٠، نشر بمعرفة المؤلف عام ٢٠٠١ ، ص ٢٢٠، هامش (١).

وفي تقديرنا أن امتناع المشرع المصري – خلال أكثر من عشرين عاماً مضت على تعديل المادة الثانية من الدستور – عن التدخل لتنقية التشريعات السابقة على التعديل من مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية، يمثل امتناعاً تشريعياً استنادا إلى فكرة عدم الاختصاص السلبي التي لابد للمحكمة الدستورية العليا أن تعتمدها كأحد وجوه عدم دستورية التشريعات السابقة على تعديل المادة الثانية من الدستور في عام ١٩٨٠، خصوصاً وأن المحكمة قد ذهبت في مناسبات أخري إلى مد رقابتها المباشرة على الامتناع التشريعي كما سبق ورأينا(١).

وفي خصوص الإحالة التشريعية ذهب الباحث إلى:-

شأنه شأن بقية البرلمانات، قد يقع البرلمان المصري في حومة عدم الاختصاص السلبي من باب عملية تنفيذ القوانين.

والمعروف أن الدساتير المصرية المتعاقبة قد منحت رئيس الدولة الحق في إصدار القرارات اللازمة لتنفيذ القوانين؛ فقد كانت المادة ٣٧ من دستور ١٩٢٣ تنص على أن "الملك يضع اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين، بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تطبيقها". وكانت المادة ١٣٨ من دستور ١٩٦٥ تكتفي بالنص على أن "يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين" ثم نُقلت هذه المادة إلى رقم ١٢٢ من دستور ١٩٦٤.

وتنص المادة ١٤٤ من دستور ١٩٧١ الحالي على أن "يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها، وله أن يفوض غيره في إصدارها. ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه".

ويعتبر هذا النص أكثر تفصيلاً ووضوحاً من نصوص الدساتير المصرية السابقة عليه فيما يتعلق بتنظيم عملية إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ

---

(١) د. عيد أحمد المرجع السابق ص ٢٠٩.

القوانين[١]، لأنه يعبر عن إدراك المشرع الدستوري لما للوائح التنفيذية من خطورة على الاختصاص التشريعي للبرلمان، فالمبدأ العام - بمقتضي نص المادة ١٤٤ من الدستور - هو اختصاص رئيس الجمهورية بإصدار لوائح تنفيذ القوانين، وله كذلك أن يفوض غيره في إصدارها.

ومع ذلك كانت مهمة التشريع تدخل أصلاً في اختصاص البرلمان وكان دور السلطة التنفيذية يقتصر على مجرد تسهيل وضع ما يصدره البرلمان من تشريعات موضع التنفيذ عن طريق إصدار اللوائح التنفيذية بحكم اتصال السلطة التنفيذية المستمر بالمخاطبين بأحكام هذه التشريعات، فقد حظر الدستور على رئيس الجمهورية أن يتخذ من إصدار اللوائح التنفيذية فرصة لتضمين القوانين المراد تنفيذها أحكاماً جديدة أو الاستعاضة عن بعض أحكامها بأحكام أخري، من عندياته، أو الإعفاء من تطبيق القوانين ذاتها، ولذلك فقد قضت المادة ١٤٤ من الدستور صراحة بأن اختصاص رئيس الجمهورية بإصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين مُقيد بألا يؤدي إلى تعديل هذه القوانين أو تعطيلها أو الإعفاء من تنفيذها، وإلا فإن رئيس الجمهورية يعد متدخلاً بغير سند من الدستور في ممارسة الوظيفة التشريعية لمجلس الشعب.

وإذا كان الأصل هو اختصاص رئيس الجمهورية أو من يفوضه لهذا الغرض بإصدار قرارات تنفيذ القوانين، فإن القانون ذاته قد يستعيض عن رئيس الجمهورية بسلطة أخري يعينها لإصدار هذه القرارات. وهذا ما عبرت عنه المادة ١٤٤ من الدستور بقولها: "... ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه".

والواقع أن معظم القوانين التي يتطلب تنفيذها إصدار لوائح تنفيذيه لا

---

(١) المزيد من التفاصيل حول المقارنة بين الحلول المعمول بها فيما يتعلق بإصدار القرارات اللازمة لتنفيذ القوانين في ظل الدساتير المصرية المتعاقبة : راجع دكتور سليمان الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية ، ١٩٨٤ ، المرجع السابق ص ٤٤٢ وما بعدها.

تكاد تخلو من دعوة السلطة التنفيذية "رئيس الجمهورية أو غيره) للاضطلاع بهذه المهمة. وقيام القانون بتعيين من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه لا يثبت حقاً جديداً للسلطة التنفيذية التي تتلقي هذا الحق من الدستور مباشرة، بل إنه مجرد دعوة لها بضرورة التدخل لإصدار القرارات اللازمة لتنفيذ هذا القانون، ولذلك فإنه يجب عدم الخلط بين هذه الدعوة من جانب السلطة التشريعية، وبين التفويض الذي تصدره البرلمانات أحياناً لصالح السلطة التنفيذية للتشريع في أمور بعينها(١)، ومثاله ما أباحته المادة ١٠٨ من دستور ١٩٧١.

ومن جملة ما يترتب على هذه الحقيقة من نتائج أن البرلمان لابد وأن يتوقف عند حد دعوة أو تذكير السلطة التنفيذية للقيام بدورها في تنفيذ بعض القوانين. أما إذا تعدي الأمر إلى تضمين هذه الدعوة ما يسمح للسلطة التنفيذية بأن تقوم بإصدار لوائح تنفيذ القوانين بما يتضمن تعديلها أو الإضافة إليها أو الإعفاء من تطبيقها، أو ترك موضوع بأكمله لتنظيمه السلطة التنفيذية عن طريق اللائحة التنفيذية أو ما يأخذ حكمها من القرارات، فإنه يكون قد تنازل عن اختصاصه التشريعي لصالح السلطة التنفيذية في غير الحالات وبغير الطرق المقررة في الدستور(٢).

ومثال ذلك ما ورد بالمادة ١٣ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم المناقصات المزايدات والتي كانت تنص على أن "ينظم بقرار من وزير المالية والاقتصاد ما لم ينظمه هذا القانون من أحكام وإجراءات". وقد انتقد بعض الفقه

---

(١) د. سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٤٤، وراجع كذلك دكتور سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية وضمانات الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص ٢٤٣ ، و ص ٢٧٧.

(٢) راجع في ذلك:-

- دكتور سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، المرجع السابق، ص ٣٥٤ وما بعدها.
- دكتور سامي جمال الدين ، اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص ٢٤٣.

هذه المادة لأنها كانت تخول وزير المالية إضافة أحكام جديدة إلى أحكام هذا القانون، وهذا في حقيقته تفويض وليس مجرد تنفيذه[1].

ومثال ذلك أيضاً المادة السابعة من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ بإصدار قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام. والتي كانت تنص على أن "الرئيس الجمهورية أن يصدر قراراً بتنظيم جميع أوضاع العاملين في المؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية التابعة لها". وعلى أساس هذه المادة صدرت لائحة العاملين بالقطاع العام بقرار رئيس الجمهورية رقم ٣٣٠٩ والمعدلة بالقرار الجمهوري رقم ٨٠٢ لسنة ١٩٦٧ ، والتي تضمنت المادة ٦٠ منها تعديلاً واضحاً لاختصاص جهات القضاء لا يمكن إحداثه إلا بقانون، حيث كان من نتائج تطبيقها ما يلي:-

١- نقل الاختصاص بتوقيع العقوبات التأديبية الأشد من عقوبتي الإنذار والخصم من المرتب إلى السلطة الرئاسية بعد أن كان داخلاً في اختصاص المحاكم التأديبية.

٢- إسناد الاختصاص بنظر الطعون في بعض القرارات التأديبية الصادرة من السلطات الرئاسية في حق العاملين بالقطاع العام إلى المحاكم التأديبية بعد أن كان منوطاً بجهتي القضاء العادي والإداري.

٣- إلغاء اختصاص جهات القضاء بنظر الطعون في القرارات التأديبية النهائية للسلطات الرئاسية وإلغاء اختصاص المحكمة الإدارية العليا بنظر الطعون في أحكام المحاكم التأديبية في هذا الخصوص، وذلك عن طريق منع الطعن في القرارات الصادرة بالبت في تظلمات العاملين وفي أحكام المحاكم التأديبية. (عدا الأحكام الصادرة بعقوبة الفصل).

(١) دكتور سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، المرجع السابق، ص ٤٥٣.

وفي حكمها الصادر في ٣ من يوليو ١٩٧١ لم تتردد المحكمة العليا في إدانة عدول البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي بنفسه وتنازله عن هذا الاختصاص عن طريق آلية لا هي من قبيل لوائح تنفيذ القوانين، كما ادعت ذلك هيئة قضايا الحكومة في دفاعها بمناسبة هذه القضية، ولا هي من قبيل اللوائح التفويضية التي كانت تنظمها المادة ١٢٠ من دستور ١٩٦٤ آنذاك. ولذلك فقد انتهت المحكمة العليا إلى الحكم ببطلان التفويض التشريعي الضمني الذي تضمنته المادة السابعة من القانون ٣٢ لسنة ١٩٦٦ ورتبت على ذلك حكمها بعدم دستورية المادة ٦٠ من لائحة نظام العاملين بالقطاع العام الصادر بالقرار الجمهوري رقم ٣٣٠٩ المعدل بقرار رئيس الجمهورية رقم ٨٠٢ لسنة ١٩٦٧ فيما تضمنته من تعديل في قواعد اختصاص جهات القضاء من خلال التغلغل في المجالات المحجوزة للقانون بنص الدستور وتلك التي يتناولها القانون بالتنظيم[١].

وعلاوة على ذلك فللمحكمة الدستورية العليا موقف واضح من هذه المسألة . ويتجلي ذلك من حكمها الصادر في القضية رقم ٢٤٣ لسنة ٢١ قضائية، والذي قضت فيه بعدم دستورية نص المادة ١١ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٥٩، والتي كانت تنص على أنه:- "يجوز بقرار من وزير الداخلية لأسباب هامة يقدرها رفض منح جواز السفر أو تجديده، كما يجوز له سحب الجواز بعد إعطائه[٢].

وفي تبرير ما قضت به تقول المحكمة الدستورية العليا:-

"وحيث أن الدستور قد إحتفي – كذلك – بالحقوق المتصلة بالحق في

---

(١) راجع حكم المحكمة العليا الصادر في ٣ من يوليو ١٩٧١ ، أحكام وقرارات المحكمة العليا، مجموعة ياقوت العشماوي وعبد الحميد عثمان، الجزء الأول، ص ٦٦ وراجع تقرير هيئة مفوضي الدولة في هذه القضية، المرجع السابق، ص ٧٦ وما بعدها.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا، الصادر في ٤ نوفمبر سنة ٢٠٠٠ القضية رقم ٢٤٣ لسنة ٢١ قضائية "دستورية"، الجريدة الرسمية، العدد ٤٦ الصادر في ٢٠٠٠/١١/٦.

التنقل فتنص في المادة (٥٠) منه على حظر إلزام المواطن بالإقامة في مكان معين أو منعه من الإقامة في جهة معينة إلا في الأحوال التي يبينها القانون. وتبعتها المادة (٥١) لتمنع إبعاد المواطن عن البلاد أو حرمانه من العودة إليها، وجاءت المادة (٥٢) لتؤكد حق المواطن في الهجرة الدائمة أو المؤقتة على أن ينظم القانون هذا الحق وإجراءات وشروط الهجرة ومغادرة البلاد، ومقتضى هذا أن الدستور لم يعقد للسلطة التنفيذية اختصاصا ما بتنظيم كل شيء مما ليس الحقوق التي كفلها الدستور فيما تقدم ، وأن هذا التنظيم يتعين أن تتولاه السلطة التشريعية بما تصدره من قوانين. متى كان ذلك وكان قضاء هذه المحكمة قد جري على أنه إذا ما أسند الدستور تنظيم حق من الحقوق على السلطة التشريعية فلا يجوز لها أن تتسلب من إخصاصها، وتحليل الأمر برمته إلى السلطة التنفيذية دون أن تقيدها في ذلك بضوابط عامة وأسس رئيسية تلتزم بالعمل في إطارها، فإذا ما خرج المشرع على ذلك وناط بالسلطة التنفيذية تنظيم الحق من أساسه ، كان متخلياً عن اختصاصه الأصيل المقرر بالمادة (٨٦) من الدستور، ساقطاً – بالتالي- في هوة المخالفة الدستورية.

وحيث إن نص المادتين (٨ ، ١١) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٥٩ المشار إليهما بما تضمناه من تفويض وزير الداخلية في تحديد شروط منح جواز السفر، وتخويله سلطة رفض منح الجواز أو تجديده، وكذا سحبه بعد إعطائه، إنما يتمخض عن تنصل المشرع من وضع الأسس العامة التي تنظم موضوع جوازات السفر بأكمله على الرغم من كونها الوسيلة الوحيدة لتمكين المواطن من مغادرة بلده والرجوع إليه، وارتباط ذلك ارتباطا وثقاً بالحقوق التي يكفلها الدستور في المواد (٤١، ٥٠، ٥١، ٥٢) على الوجه المتقدم بيانه، ومن ثم فإن مسلك المشرع في هذا الشأن يكون مخالفاً للدستور".

وفي كل هذه الحالات يبدو جلياً أن المشرع المصري قد اتخذ من عملية تنفيذ القوانين فرصة للتخفف من اختصاصه التشريعي لتمارسه السلطة التنفيذية في غير الحالات التي أباح فيها الدستور ذلك.

ولذلك فقد عني القضاء عناية فائقة بعملية إصدار لوائح تنفيذ القوانين، مذكراً السلطة التنفيذية بما يجب عليها الالتزام به من ضوابط أثناء إصدارها، وهي ضوابط تهدف في النهاية إلى حماية إنفراد البرلمان بأمور التشريع، وتنبه هذا الأخير بما يتحمله من عبء في المحافظة على اختصاصاته التشريعية خصوصاً في الحالات التي يدعو فيها السلطة التنفيذية لإصدار القرارات اللازمة لتنفيذ القوانين التي يسنها.

فقد استقر القضاء المصري على مبدأ قابلية القوانين للتطبيق بذاتها، وعدم التوسع في اللجوء إلى طلب تدخل السلطة التنفيذية لإصدار قرارات تنفيذ القوانين. فقد ورد بفتوى قسم الرأي بمجلس الدولة في ٢ مارس ١٩٥٤ بخصوص تنفيذ القانون رقم ٦٣٣ لسنة ١٩٥٤ بشأن إنشاء اللجان العملية الدائمة أن : "نفاذ القوانين لا يكون معلقاً على صدور اللوائح التنفيذية التي تحال إليها إلا في حالتين: الأولى أن ينص القانون صراحة على أن نفاذه مرهون بصدور لائحة تنفيذية . والثانية أن يكون تنفيذ القانون مستحيلاً إلا بصدور هذه اللائحة[١]. وجاء بهذه الفتوى كذلك "... أنه من الخطورة بمكان التوسع في اعتبار صدور اللوائح التنفيذية ضرورياً لنفاذ القوانين، بما يترتب على ذلك من تعطيل هذا النفاذ ، وتعليقه بإرادة السلطة التنفيذية، بحيث يكون في استطاعتها دائماً الحيلولة دون تنفيذ القوانين التي أصدرتها السلطة التشريعية الامتناع عن إصدار اللوائح التنفيذية. وهو ما دعا غالبية الفقه إلى التمسك بأن الأصل دائماً هو نفاذ القوانين واللوائح التنفيذية مادام هذا النفاذ ممكناً"[٢].

---

(١) هذه الفتوى ذكرها دكتور سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق ص ٤٤٦ ــ ٤٤٧، وراجع كذلك دكتور سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية.... المرجع السابق، ص ٢٩٣ ــ ٢٩٤.

(٢) دكتور سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٤٤٧ هامش (١). وفي هذا المعنى كذلك صدرت فتوى القسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة في ١٦ مايو ١٩٥٦، وراجع بشأنها دكتور سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٤٤٧-٤٤٨، ودكتور سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية... المرجع السابق، ص ٢٩٤.

ومفاد ما ورد بالفتوى السابقة أن توسع البرلمان في تعليق نفاذ ما يصدره من تشريعات على تدخل السلطة التنفيذية عن طريق قرارات تنفيذ القوانين، إنما يعني رغبته في التنازل عن اختصاصه التشريعي، لأن الأصل العام كما سبق وأشرنا هو صدور التشريع قابلاً للتطبيق بذاته ، وما تدخل سلطة بتنفيذ القوانين إلا استثناء على هذا الأصل، تبرره الطبيعة الخاصة لبعض التشريعات، ولذلك فإن دعوة السلطة التنفيذية بصورة مستمرة إلى التدخل من أجل وضع القوانين موضع التنفيذ إنما يدل على أن هذه القوانين قد صدرت قاصرة منذ البداية وعاجزة بذاتها عن تنظيم ما صدرت لتنظيمه من مسائل، وهذا القصور يُسأل عنه البرلمان من حيث المبدأ.

وقد أخذت بالحل السابق كذلك محكمة النقض المصرية، التي نبهت في قضائها إلى ضرورة عدم تعليق المحاكم العادية لتطبيق القوانين على صدور لوائح تنفيذية لها مادامت القوانين واضحة وقابلة للتطبيق بذاتها. ومن ذلك ما قضت به في حكمها الصادر في ١١ يناير ١٩٥٥ والذي جاء فيه: "إن القانون رقم ٥٢ لسنة ١٤٠ قد صدر ونشر بالجريدة الرسمية وفقاً للأوضاع الدستورية فأصبح بذلك نافذاً. وقد نصت المواد ٢، ٣، ٤، ٦ و ١٠ منه على أوامر ونواة صريحة غير معلقة على شروط يحتم القانون مراعاتها في كل تقسيم يراد إنشاؤه في المدن والقرى التي يسري عليها، وإذن فالحكم الذي يقضب ببراءة المتهم من تهمة إنشاء بناء على أرض قابلة للتقسيم استنادا إلى عدم صدور اللائحة التنفيذية قد جعل نصوص القانون مبهمة وغير واضحة، بحيث لا يمكن تحديد المخالفة تحديداً صريحاً يسوغ مساءلة المتهم جنائيا، هذا الحكم يكون مبنياً على خطأ في تفسير القانون مما يعيبه ويستوجب نقضه"(١).

وفى إشارة واضحة إلى المشرع بعدم جدوى تضمين القوانين ما يعلق نفاذها على ضرورة صدور لوائح تنفيذية لها مادامت قابلة للتنفيذ بذاتها، تقول

---

(١) نقض جنائي ، ٦ مايو ١٩٥٨ ، طعن رقم ١١٠ لسنة ٢٨ قضائية، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجنائية، السنة التاسعة ١٩٥٨، ص ٤٧٨.

محكمة النقض في حكمها الصادر في ٦ مايو ١٩٥٨ بأنه: "وحيث أن القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ الخاص بتقسيم الأراضي قد صدر ونشر بالجريدة الرسمية وفقاً للأوضاع الدستورية، فأصبح بذلك نافذاً ونصوصه ممكن إعمالها بغض النظر عن اللائحة أو القرارات الوزارية التي خولت المادة ٢٥ وزراء الأشغال والداخلية والصحة العمومية والعدل إصدارها، ولا يصبح تعطيل أي نص مادام أن إعماله لا يتوقف على شرط"(١).

وفي المقابل، إذا كانت دعوة المشرع للسلطة التنفيذية لإصدار لوائح تنفيذ القوانين لها ما يبررها ، حتى وإن انطوت على مظنة قيام السلطة التنفيذية بالإضافة إلى أحكام القانون المراد تنفيذه، مادامت هذه الإضافة لا تعبر عن رغبة المشرع في التنازل عن اختصاصه التشريعي، فإن تدخل السلطة التنفيذية بهذا الشكل لا غبار عليه. وهذا ما أكدت عليه الدائرة المدنية لمحكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في ١٩٥٨/٦/١٢ بقولها: "يستفاد من نص المادة ٣٧ من دستور سنة ١٩٢٣ الملغي أنه يخول السلطة التنفيذية حق إصدار اللوائح التنفيذية في شكل مراسيم يوقعها رئيس الدولة أو في صورة قرارات وزارية إذا نص القانون على ذلك . فإذا كان المشرع قد راعي عند تقنينه للمادة ٧٢ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ أنه من غير الميسور حصر جميع المهن التي لا تخضع للضريبة على الأرباح التجارية والصناعية وعهد إلى وزير المالية بأن يضيف إلى المهن الواردة بالمادة المذكورة مهناً أخري بقرار تصدر منه حسبما يتجلي له وجه الرأي في حقيقة هذه المهن وما تتكشف عنه دواعي العمل فهو دعوة للجهة الإدارية كي تمارس اختصاصها المخول لها بمقتضي النص العام الوارد في المادة ٣٧ سالفة الذكر أو تهيئة مجال لهذه الممارسة، وليس في هذا افتئات على حقوق السلطة التشريعية(٢).

---

(١) نقض جنائي، ٦ مايو ١٩٥٨، طعن رقم ١١٠ لسنة ٢٨ قضائية، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجنائية، السنة التاسعة، ١٩٥٨، ص ٤٧٨.

(٢) نقض مدني، ١٢ يونيه ١٩٥٨، طعن رقم ٤٥، سنة ٢٤ ق، مجموعة المبادئ الصادرة عن الجمعية العمومية والدائرة المدنية، السنة التاسعة، العدد الأول، ص ٥٥٠.

كما سنحت الفرصة للمحكمة الدستورية العليا للتأكيد على المعاني السابقة وذلك في أكثر من مناسبة، فقد حرصت المحكمة على التأكيد على ضرورة الالتزام بمنطق اللوائح التنفيذية، من حيث كونها مجرد قرارات تتخذها السلطة التنفيذية لتسهيل وضع القوانين الصادرة عن البرلمان موضع التنفيذ، دون أن تتخذ منها فرصة لتعديل أو تعطيل القوانين أو الإعفاء من تنفيذها.

ففي حكمها الصادر في الأول من أغسطس ١٩٩٨ في القضية رقم ٣ لسنة ١٩ قضائية ، تقول المحكمة الدستورية العليا: "إن الدستور قد اختص في المادة (٨٦) منه السلطة التشريعية بمهمة إقرار القوانين،فلا تباشرها إلا بنفسها، ولم يخول السلطة التنفيذية مباشرة شيء من الوظيفة التشريعية إلا في الحدود الضيقة التي بينتها نصوصه حصراً . ذلك أن الأصل أن السلطة التنفيذية لا تتولي التشريع ، وإنما يقوم اختصاصها أساساً على إعمال القوانين ، وأحكام تنفيذها، غير أنه استثناء من هذا الأصل وتحقيقاً لتعاون السلطات وتساندها، فقد عهد الدستور إليها في حالات محددة بأعمال تدخل في نطاق الأعمال التشريعية، من ذلك إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين..."(١).

ولا شك أن الخطاب الذي تحمله هذه الأحكام يعد موجهاً إلى البرلمان وإلى السلطة التنفيذية على السواء، فالسلطة التنفيذية ليس لها أن تتخذ من عملية تنفيذ القوانين تكأة للزيادة في أحكام التشريعات أو تعديلها، أو الأعفاء من تنفيذها. والبرلمان يحظر عليه أن يفرط في دعوة السلطة التنفيذية إلى التدخل لوضع القوانين التي يسنها موضع التنفيذ، أو تكون دعوته لها منطوية على التنازل لها عن جزء من اختصاصه التشريعي تمارسه عن طريق اللوائح أو قرارات تنفيذ القوانين.

وفي حكمها الصادر في القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية بجلسة ٣ فبراير

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في الأول من أغسطس ١٩٩٨ في القضية رقم ٣ لسنة ١٩ قضائية دستورية، الجريدة الرسمية العدد ٣٣ ، الصادر في ١٣ أغسطس ١٩٩٨.

١٩٩٦ كانت المحكمة الدستورية العليا قد قضت بعدم دستورية الفقرتين الثانية والثالثة من المادة الثانية من قانون الضريبة على الاستهلاك الصادر بالقانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٨١ فيما قررته من تخويل رئيس الجمهورية تعديل الجدول المرافق بتعديل جدول الضريبة على الاستهلاك لهذا القانون.

وكانت الفقرة الثانية من هذا القانون تنص على أنه "ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية تعديل هذا الجدول، على أن يُعرض القرار على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره إذا كان المجلس قائماً أو في أول اجتماع له في حالة حل المجلس أو وقف جلساته" أما الفقرة الثالثة من القانون فكانت تنص على أنه:- "فإذا لم يقره المجلس ألغي القرار (قرار رئيس الجمهورية) مع اعتبار ما تم تحصيله قبل الإلغاء صحيحاً".

وكان رئيس الجمهورية قد أصدر بناء على نص الفقرتين السابقتين القرارين الجمهوريين رقمي ٣٦٠ لسنة ١٩٨٢، ١٣٧ لسنة ١٩٨٦ اللذين عدلا في الجدول المرافق لقانون الضريبة على الاستهلاك بصورة لا يملكها سوي القانون الصادر عن البرلمان بأن أضافا سلعاً جديدة إلى تلك التي أخضعها هذا القانون للضريبة.

وكانت المحكمة، التي قضت بعدم دستورية القرارين بقانون السابقين لارتباطهما بالمادة الثانية من قانون الضريبة على الاستهلاك ارتباطا لا يقبل التجزئة، قد أعرضت عما ورد بمذكرة الدفاع التي تقدمت بها هيئة قضايا الدولة واعتبرت فيها أن الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون الضريبة على الاستهلاك المطعون عليها لا تخول رئيس الجمهورية غير إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين. وفي ذلك تقول المحكمة:-

"وحيث أن ما ذهبت إليه هيئة قضايا الدولة من أن الفقرة الثانية من المادة الثانية المطعون عليها، لا تخول رئيس الجمهورية غير إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين مردود أولاً: بأن الأصل في هذه اللوائح التي تصدر وفقاً

للمادة ١٤٤ من الدستور، أنها تفصل ما ورد إجمالاً من النصوص القانونية، بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها. ولا كذلك النص المطعون فيه، إذ خول رئيس الجمهورية – وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون الضريبة على الاستهلاك – إخضاع سلع جديدة لها أو زيادة فئاتها على السلع التي اشتمل عليها الجدول المرافق لقانونها، بما يحور من بنيان الضريبة المطعون عليها، ويغير من أحكامها من خلال تعديل نطاقها وقواعد سريانها ومردود ثانياً: بأن قانون هذه الضريبة الصادرة بالقانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٨١ قد عهد – وبنص المادة الثالثة من مواد إصداره – إلى وزير المالية، بتنفيذ الأحكام التي تضمنها".

وفي مقام آخر بررت المحكمة الدستورية ما قضت به بقولها: "وحيث أن الدستور أعلي من شأن الضريبة، وقدر أهميتها بالنظر إلى خطورة الآثار التي ترتبها ....، وكان الدستور – ونزولاً على هذه الحقائق واعترافا بها – قد ميز بين الضريبة العامة وغيرها من الفرائض المالية ، فنص على أن أولاهما لا يجوز فرضها أو تعديلها أو إلغائها إلا بقانون، وأن ثانيهما يجوز إنشاؤها في الحدود التي بينها القانون، وكان ذلك مؤداه أن السلطة التشريعية هي التي تقبض بيدها على زمام الضريبة العامة، إذ تتولي بنفسها تنظيم أوضاعها بقانون يصدر عنها تمضيناً تحديد نطاقها، وعلى الأخص من خلال تحديد وعائها وأسس تقديره، وبيان مبلغها، والملتزمين أصلاً بأدائها والمسئولين عنها، وقواعد ربطها وتحصيلها وتوريدها، وكيفية أدائها وغير ذلك مما يتصل ببنيان هذه الضريبة، عدا الإعفاء منها، إذ يجوز أن يتقرر في الأحوال التي يبينها القانون[1].

وكما ينبغي على البرلمان المصري ألا يتخذ من عملية تنفيذ القوانين –

---

(١) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية "دستورية" جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ . مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، السابع، ص ٤٢٤ وما بعدها.

استنادا إلى المادة ١٤٤ من الدستور – وسيلة للتخفف من اختصاصه التشريعي، فإنه ينبغي عليه كذلك ألا يتخذ من الإحالة التشريعية، فرصة للتخفف من اختصاصه بوضع البنية الأساسية لبعض التشريعات في إطار إنفراده النسبي بالتشريع؛ فقد سبق ورأينا أن دخول المسألة في نطاق الإنفراد التشريعي النسبي لمجلس الشعب يعني اختصاصه بتنظيم العناصر الأساسية ووضع القواعد العامة والأسس الرئيسية لها، مع ترك مهمة معالجة تفاصيلها للسلطة التنفيذية، بحيث تدخل البنية الأساسية للقوانين المنظمة لهذا النوع من المسائل في إطار اختصاص مجلس الشعب، أما الجوانب الفرعية فتدخل في اختصاص السلطة التنفيذية. ومثال ذلك ما نصت عليه المادة ٦٦ من دستور ١٩٧١ من أنه "لا جريمة ولا عقوبة إلى بناء على قانون". ويعني هذا النص إمكانية أن يسند مجلس الشعب للسلطة التنفيذية تحديد بعض جوانب التجريم والعقاب في مسائل معينة عن طريق اللوائح، في إطار ما يصدره من قوانين تضع القواعد العامة والأسس الرئيسية لهذه المسائل[(١)].

والإحالة التشريعية إلى السلطة التنفيذية لتنظيم الجوانب الفرعية لبعض المسائل "بناء على قانون" يصدره مجلس الشعب، هي بمثابة آلية قائمة بذاتها، وتختلف بالتالي عن التفويض التشريعي عملاً بالمادة ١٠٨ من الدستور، كما تختلف عن الدعوة التي يوجهها مجلس الشعب إلى السلطة التنفيذية لإصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين[(٢)]، وهو ما عبرت عنه المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في ٢٠ مايو ١٩٩٥[(٣)]. بقولها "إذا اختصت السلطة التشريعية بسن القوانين وفقاً للمادة ٨٦ من الدستور التي تقضي بأن "يتولى

(١) راجع ما سبق بشأن المسائل الداخلية في نطاق الإنفراد التشريعي النسبي لمجلس الشعب.

(٢) راجع في تفاصيل هذا الأمر دكتور أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، والمرجع السابق، ص ٣٢٨ وما بعدها.

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية ، مجموعة أحكام المحكمة ، الجزء السادس، ص ٦٩٣.

مجلس الشعب سلطة التشريع، ويقر السياسة العامة للدولة، والخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية ، والموازنة العامة للدولة، كما يمارس الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية، وذلك كله على الوجه المبين في الدستور"، وكانت المادة ٦٦ من الدستور تنص على أنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون" وهو ما لا يعدو أن يكون توكيداً لما جري عليه العمل من قيام المشرع بإسناد الاختصاص الي السلطة التنفيذية بإصدار قرارات لائحية تحدد بها بعض جوانب التجريم والعقاب، وذلك في الحدود التي يبينها القانون، ولاعتبارات يقتضيها الصالح العام. وإذ تباشر السلطة التنفيذية هذا الاختصاص، فإن عملها لا يعتبر من قبيل اللوائح التفويضية المنصوص عليها في المادة ١٠٨ من الدستور، ولا يندرج كذلك تحت اللوائح التنفيذية التي نظمتها المادة ١٤٤، وإنما يقوم هذا الاختصاص استنادا لنص المادة ٦٦ من الدستور، التي تعهد للسلطة التنفيذية بتحديد بعض جوانب التجريم والعقاب"[1].

وفي تحذير واضح للمشرع بضرورة عدم اتخاذ الإحالة التشريعية سبيلاً للتخلي عن نصيبه في تنظيم المسائل التي يمكن للسلطة التنفيذية التدخل في تنظيمها "بناء على قانون" تقول المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في ٥ يوليو ١٩٩٧[2] أنه "وحيث إذ نص الدستور في المادة ٦٦ منه على أنه

---

(١) وراجع في هذا المعني كذلك:-
- حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٦ أبريل ١٩٩١ في القضية رقم ٢١ لسنة ١١ قضائية، مجموعة أحكام المحكمة، الجزء الرابع، ص ٣٢٤.
- حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٧ مارس ١٩٩٢ في القضية رقم ٤٣ لسنة ٧ قضائية، مجموعة أحكام المحكمة الجزء الخامس ، المجلد الأول، ص ٢١٤.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٥ يوليو ١٩٩٧ في القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية مجموعة أحكام المحكمة، الجزء الثامن، ص ٧٠٩ وما بعدها.
- وراجع في هذا المعني، حكم الدائرة الجنائية لمحكمة النقض، الصادر في ٢٩ يناير ١٩٦٨ في الطعن رقم ٢٠٠٢ لسنة ٣٧ قضائية ، مجموعة الأحكام الصادر من الهيئة العامة للمواد الجنائية ومن الدائرة الجنائية، السنة ١٩، العدد الأول ص ١١٥.

لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، قد دل على أن الأصل هو أن تتولى السلطة التشريعية بنفسها – ومن خلال قانون بالمعني الضيق تقره وفقاً للدستور – تحديد الجرائم وبيان عقوبتها . وليس لها بالتالي أن تتخلى كلية عن ولايتها هذه، بأن تعهد بها بأكملها إلى السلطة التنفيذية، وإن كان يكفيها وفقاً لنص المادة ٦٦ من الدستور أن تحدد إطاراً عاماً لشروط التجريم وما يقارنها من جزاء، لتفصل السلطة التنفيذية بعض جوانبها، فلا يعتبر تدخلها عندئذ في المجال العقابي إلا وفقاً للشروط والأوضاع التي نظمها القانون، بما مؤداه أن النصوص القانونية وحدها بعموميتها وانتفاء شخصيتها la portée générale et impersonnelle، هي التي يدور التجريم معها، ولا يتصور أن تنشأ بعيداً عنها....".

وفي حكمها الصادر في القضية رقم ٢٨ لسنة ١ قضائية في ٣ يناير ١٩٨١ كانت المحكمة الدستورية العليا قد قضت بعدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٥٧ الصادر ببعض الأحكام الخاصة بالتهريب فيما نصت عليها من أنه يجوز لوزير المالية والاقتصاد أو من ينيبه أن يأمر بمصادرة الأشياء موضوع المخالفة إدارياً[1].

في ختام دراستنا لفكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع نستطيع الجزم بأن تبني الفقه والقضاء الدستوريين لهذه الفكرة يمثل تحولاً هاماً في نظام الرقابة على دستورية القوانين، وانتصارا كبيراً للشرعية الدستورية ولدولة القانون، فبعد أن كان دور القاضي الدستوري يقتصر على رد المشرع إلى جادة الصواب كلما خرج على أحكام الدستور عن طريق ما يسنه بالفعل من تشريعات تخالف هذا الأخير، أصبح بإمكانه أن يحاسب المشرع على تراخيه

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٣ يناير ١٩٨١ في القضية رقم ٢٨ لسنة ١ قضائية "دستورية" مجموعة احكام المحكمة، الجزء الأول ص ١٥٦.

وراجع كذلك حكم المحكمة الدستورية العليا الصادرة في ١٥ مايو ١٩٨٢ في القضية رقم ٢٣ لسنة ٣ قضائية "دستورية" مجموعة أحكام المحكمة ، الجزء الثاني ص ٤٠.

أو امتناعه عن تنفيذ التزامه بوضع نصوص الدستور موضع التنفيذ، أو تنفيذ هذا الالتزام ولكن بصورة تخالف ما ذهب إليه إرادة المشرع الدستوري، كما لو تخفف من اختصاصه التشريعي لتمارسه عنه السلطة التنفيذية، أو مارسه ولكن بصورة قاصرة لا تفي بالأغراض المرجوة من تدخله التشريعي. ويساعد القاضي الدستوري على القيام بهذه المهمة ما استقر عليه الفقه – مؤيداً بقضاء مجلس الدولة الفرنسي – من تعلق فكرة عدم الاختصاص السلبي بفكرة عدم الاختصاص بوجه عام، بما يترتب على ذلك من تعلق الدفع بعدم الاختصاص السلبي بالنظام العام، سواء في ميدان القضاء الإداري أو في ميدان القضاء الدستوري، وبالتالي فإن على القاضي التصدي لإثارته من تلقاء نفسه، وفي أية مرحلة من مراحل الدعوى[1].

---

(١) د. عيد أحمد المرجع السابق ص ٣٩٥.

الفصل الرابع
السلطة التقديرية للمشرع
والقيود الذاتية للرقابة الدستورية

بعد أن استعرضنا الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع يجنب أن نتطرق إلى جانب هام من جوانب الرقابة الدستوري ألا وهو قيمة القيود الذاتية للرقابة القضائية إزاء تدخل القضاء الدستوري في شأن جوانب السلطة التقديرية للمشرع وهو ما يجب أن نعترف معه بأن هذه القيود الذاتية هي مجرد التزام أدبي لا تتقيد به المحكمة الدستورية نفسها عندما تتناول ملائمة التشريع أو تناسب محله مع غايته أو توازن بين المصالح داخله وهذا المدخل ضروري حتى يتسنى لنا تفهم موقف الفقه والقضاء من فكرة الانحراف التشريعي حيث تدعي المحاكم الدستورية وكذلك بعض الفقهاء أنه لا يجب على المحكمة أن تتناول البواعث على التشريع أو ملائمته وإذا كان عنصر الملائمة قد تم توضيح أنه قد هجر في تطبيقات القضاء الدستوري فإنه من الواجب أن نبرز أن عنصر بواعث التشريع لا يعد قيداً على المحكمة الدستورية أيضاً بل إن من واجبها أن تتقصي بواعث التشريع إذا كان هناك شك في وجود انحراف بالتشريع عن الصالح العام وهو أمر لا يخرج المحكمة عن نطاق وظيفتها القضائية بل يدخل في صميم هذه الوظيفة عكس الوضع عند البحث في ملائمة التشريع.

وقد أطردت أطراء الفقهاء وأحكام المحاكم الدستورية ذهبوا إلى وجود قيود ذاتية تفرضها المحاكم الدستورية على سلطتها الرقابية وهذه القيود الذاتية تنبع في الأساس من رغبة المحاكم الدستورية في عدم الاصطدام بالسلطات الأخرى وخاصة السلطة التشريعية وكانت هذه القيود من ابتداع المحكمة العليا الأمريكية وتابعتها سائر المحاكم بما في ذلك المحكمة الدستورية العليا في مصر وهذه القيود الذاتية تتمثل في نواحي إجرائية منها ضرورة توافر خصومة أو نزاع لتتدخل المحكمة وعدم جواز الفصل في الأعمال السياسية أو أعمال

السيادة وكذلك تتقيد المحكمة الدستورية بقرينة الدستور لصالح القوانين وأخيراً فإن الأصل أن المحكمة لا تتدخل في ملائمة التشريع وبواعثه[١].

وفي تفصيل لقاعدة كلية من هذه القواعد وهي الخاصة بالنواحي الإجرائية من عمل المحكمة ذهب أحد كبار[٢] قضاة المحكمة إلى أن القيود الذاتية مردها إلى قاعدة كلية تحملها على ألا تفصل في المسائل الدستورية التي يكون بوسعها تجنبها.

وامتناع جهة الرقابة القضائية على الدستورية عن الفصل في المسائل الدستورية التي يكون بوسعها تجنبها أو تحاشيها، يفيد بحكم الاقتضاء العقلي، ألا تفصل في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها ما لم يكن ذلك ضرورياً بصفة مطلقة.

وهذه الضرورة المتناهية في شدتها، هي التي توازن الرقابة القضائية على دستورية القوانين بضوابط الاعتدال.

فلا تفصل الجهة التي تباشر هذه الرقابة في خصومة دستورية قبل أوانها ولا تنظر في المسائل الدستورية التي تثيرها هذه الخصومة إذا صار الفصل فيها غير منتج [٣].

---

(١) د. هشام محمد فوزي المرجع السابق ص ٢٧٥.

(٢) المستشار الدكتور عوض المر الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية – المرجع السابق ص ١٥٠.

(٣) يكون الفصل في الخصومة عقيماً أو غير منتج إذا طرأ بعد رفعها تغيير في وقائعها أو في القانون الذي يحكمها فلا تظهر للمدعي في هذه الخصومة – وبسبب هذا التغيير- فائدة من الاستمرار فيها. وهو ما يعني أن شرط المصلحة يتعين أن يكون قائماً في الخصومة الدستورية في كافة مراحلها.

ولا كذلك الخصومة التي ترفع قبل أوانها. ذلك أن الأصل في الخصومة أن تتكامل عناصرها، وأن تكون خصومة حقيقية يجوز الفصل فيها قضاء. فإذا لم تتطور الخصومة على هذا النحو، تعين الحكم بعدم قبولها لرفعها قبل الأوان. ومن ذلك أن تقام الخصومة الدستورية بناء على احتمال تدخل السلطة في حق أو حرية كفلها الدستور.

وهـو مـا يعنـي أن الفـصل فـي المـسائل الدسـتورية لا يجـوز أن يتقـدم موجباته، ولا أن يتأخر عنها. ويظل التقيد بالضرورة في درجاتها الأكثر حدة، قيداً علـى الخـصومة الدسـتورية، وذلـك بـالنظر إلـى الآثـار التـي يرتبهـا الحكـم الصادر فيها على المراكز القانونيـة القائمـة، وإحداثـه اضطرابا فـي صـور من التعامل داخل أطرافها فيها، ورتبوا أوضاعهم على مقتضـي النصوص القانونيـة النافذة عند إبرامها.

وصار صـوابا بالتالي توكيد أن جهة الرقابة على الدستورية، لا يجـوز أن تفصل فـي مـسائل دستورية قبل تـوافر الـضرورة التـي تلجئهـا للخـوض فيهـا، والتي لا يستقيم معها أن يكون الحكم الصادر في المسائل الدستورية المطروحـة عليها، محمولاً على قاعدة دستورية تجاوز باتساعها نطاق الواقعيـة التـي بنـي الحكم عليها.

وليس لهذه الجهة كذلك أن تفصل فـي دسـتورية نـصوص قانونيـة أفـاد الطاعن من مزاياها، أو لم يحلقه ضرر بسببها.

وكذلك إذا كان النزاع حول النصوص قد أفرغ في شكل خصومة وهمية، أو تـصويرية، أو وديـة لا تبلـور فـي حقيقتهـا تنـازع مـصالح أطرافهـا بـصورة حقيقية وحادة.

ثانياً:- فروع هذه القاعدة الكلية

ويتفـرع عن القاعدة التـي تلزمهـا جهـة الرقابـة علـى الدسـتورية، والتـي تتحاشى بها الفصل في المسائل الدستورية قدر استطاعتها، قاعدتان أخريتان، لا تنفصـلان عنها، بل تتكاملان معها:

أولاهما:- ألا تفصل جهة الرقابة القضائية في دستورية نصوص قانونية، يكون بوسعها أن توفقها مع الدستور. بما مؤداه أنـه كلمـا احتمـل النـص القـانوني المطعون عليه تفسيران: أحدهما مخالفاً للدستور، وثانيهما يقيم ذلك النص وفق أحكامه، فإن التفسير الثاني يكون هو الأحر بالإتباع.

ثانيتهما:- لا يجوز للجهة القضائية أن تتساند في حكمها في المسائل الدستورية المطروحة عليها، إلى نص في الدستور، كما كان بوسعها حمل قضائها في هذه المسائل، على أسس لا شأن للدستور بها.

ثالثاً:- افتراض توافق النصوص المطعون عليها مع الدستور

وفضلاً عما تقدم، فإن جهة الرقابة القضائية على الدستور كثيراً ما تولي احترامها – في مجال فصلها في دستورية القوانين – للسلطة التشريعية من خلال موافقتها على اجتهاداتها وخياراتها، تأسيساً على أن هذه السلطة أكثر اتصالا بآمال مواطنيها ، وتعبيراً عن احتياجاتهم وأولوياتهم، وأدنى نفاذاً إلى الحقائق التي تلهمها تشريعاتها، وأعمق خبرة بعديد من المسائل التي تتصل ببعض الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية.

بما يجعل تقدير السلطة التشريعية في شئون شتى ، محل اعتبار جهة الرقابة القضائية على الدستور التي تعبر عن موقفها من السلطة التشريعية تارة بتبنيها نظرية الأعمال السياسية، طوراً باعتناقها لافتراض مؤداه أن الأصل في النصوص القانونية، هو معقوليتها ومطابقتها للدستور[1].

ومع ملاحظة أن إيلاء الاعتبار لتقدير السلطة التشريعية أو اجتهاداتها، وأن تحقق في مجال الشئون الخارجية للدول أكثر من شئونها الداخلية، إلا أن عدوان السلطة التشريعية على السلطة القضائية أو تدخلها في وظائفها، يعجل بالفصل في دستورية النصوص القانونية التي أقرتها، ولا يرجئها.

كذلك فإن ما توليه الرقابة القضائية على الدستورية من تقدير لاجتهاد وتقييم السلطة التشريعية للنصوص التي أقرتها Value Judgment ، مرده أن

---

(١) يقال بأنه في الدول الفيدرالية التي تتوزع سلطة التشريع فيما بين الكونجرس، والمجالس التشريعية في ولايتها، فإن إيلاء الاعتبار لاجتهاد الكونجرس يكون أكبر، وإن دلت التجربة العملية على أن المجالس التشريعية للولايات – وعلى صعيد القوانين التي تقرها كل منها في نطاقها الإقليمي- تكون أقل خطأ في تشريعاتها من الكونجرس.

هذه الجهة لا تعتبر مشرعاً أعلي يزن هذه النصوص على ضوء حكمتها أو بواعثها، وعلى الأخص في مناطق يتعذر عليها أن نحيط علماً بها، كتنظيم السلطة التشريعية مسائل اقتصادية بطبيعتها توازن في نطاقها بين بدائل متعددة تتزاحم على تقدير الحلول الأفضل لها.

ولا كذلك إنكار السلطة التشريعية حقوق الأفراد وحرياتهم، أو تقييدها لها بصورة عدوانية. وعلى الأخص ما تعلق منها بضمان تبادل الآراء والأفكار في إطار من القيم التي لا يجوز إجهاضها، والتي تظل بها العقول منفتحة على كل جديد، متقبلة ما تؤيده من المفاهيم وما تزدريه، فلا يكون مجتمعها مغلقاً. بل ثرياً بصور من الحوار تتعدد أشكالها، وتتسم برحابة أفاقها، واتساع دوائرها.

ولا يجوز بالتالي أن تفترض دستورية النصوص التي تخل بهذه الحقوق، بل تعامل بافتراض خروجها على الدستور.

بما مؤداه أن افتراض توافق النصوص المطعون عليها مع الدستور، ترجحه المكانة التفضيلية التي تمثلها حقوق الأفراد وحرياتهم في النظم القانونية جميعها.

وعلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية بالتالي، أن تزن المسائل التي تطرح عليها بمقاييس منطقية.

فما كان منها واقعاً في إطار اختصاص رئيس الجمهورية بإرادة الشئون الخارجية، يظل بعيداً عنها. وما كان منها متضمناً عدواناً على حق أو حرية كفلها الدستور، تأخذه بحزمها.

وما كان من أعمال السلطة التشريعية أدخل إلى ملاءمتها، كانحيازها إلى مفاهيم اقتصادية تتعلق بحرية السوق أو بالضريبة الموحدة ، أو بشروط استثمار الأموال الأجنبية فيها، ونوع وقدر المزايا التي تمنحها لها، فإن عليها أن تمتنع عن تقييمها من جديد.

على أن ارتكان جهة الرقابة على الدستورية لتقدير السلطة التشريعية في المسائل التي تنظمها، لا يجوز أن يدل على تخليها عن ولايتها.

بل يتعين أن يكون تبنيها لتقدير السلطة التشريعية منطقياً وملائماً ، وعلى الأخص في مواجهة المسائل التي تنظمها السلطة التشريعية، والتي لا يكون للدستور قول فيها، بما يجعلها واقعة في نطاق سلطتها التقديرية التي يحكمها أصل مؤداه إطلاقها من القيود عليها، بشرط أن ترتبط النصوص التي تقرها – عقلاً – بأهدافها.

<u>الضوابط الذاتية للرقابة على الدستورية في قضاء المحكمة الدستورية العليا</u>

لا يجوز في قضاء المحكمة الدستورية العليا أن تخوض في اختصاص ليس لها، ولا أن تتخلي عن إختصاص نيط بها. لا يجوز بالتالي، أن تترخص فيما عهد إليها به من المسائل الدستورية، كلما كان تصديها لها لازماً، ولو قارنتها محاذير لها خطرها.

وهي تؤكد كذلك ضرورة أن تنحصر رقابتها في حدود منطقية . فلا يكون التدخل بها مؤذناً بانفلاتها من كوابحها، بل متوازناً بما يصون موجباتها، ولا يخرجها عن حقيقة مقاصدها، كأداة تكفل في آن واحد سيادة الدستور من جهة، ومباشرة السلطتين التشريعية والتنفيذية لاختصاصاتهما التقديرية دون عائق من جهة أخري.

ومن ثم تكون الضرورة في صورتها المطلقة ، هي مناط تدخل المحكمة الدستورية العليا برقابتها القضائية، فلا تفصل في دستورية نص تشريعي في غير خصومة؛ أو في خصومة لا تتناقض بشأنها مصالح أطرافها بما يحقق تصادمها؛ ولا في دستورية نصوص أفاد الطاعن من ثمارها، أو لم يلحقه ضرر بسببها.

وليس لها أن تفصل في دستورية نصوص قانونية إذا كان بوسعها أن تؤسس حكمها في شأن النزاع المتعلق بها، على قاعدة لا نص عليها في الدستور. وعليها في كل حال إلا تفصل في خصومة دستورية قبل أوانها، ولا أن تنزل على الخصومة المطروحة عليها قاعدة من الدستور تجاوز باتساعها الحدود التي يقتضيها الفصل في النزاع(١).

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

"إن الرقابة القضائية التي تباشرها لا تعتبر إجراء احتياطيا، بل ملاذاً نهائياً، وعليها بالتالي ألا تفصل في الخصومة المطروحة عليها كلما كان بوسعها أن تتجنبها من خلال إسناد المخالفة المدعى بها إلى أساس آخر يستقيم معها ويصححها(٢).

ولئن كان من المفترض في النصوص القانونية – وكأصل عام – هو حملها على أصل صحتها؛ وكان اللجوء إلى الرقابة القضائية لا يجوز إلا بوصفها ملاذاً أخيراً ونهائياً، فإن من الصحيح كذلك إن الفصل في الخصومة الدستورية يفترض إستواؤها على عناصر تقييمها وتعلق المسائل التي تطرحها، بنزاع لازال حيا، داخلاً في ولايتها، فلا يكون الفصل قضائياً فيه مجرد رخصة يجوز التسامح فيها.

تاسعاً:- تقييم ضوابط الرقابة الذاتية على الدستورية

والضوابط المتقدمة جميعها لا ينافيها حكم العقل، ولا تتأبى على طبيعة الوظيفة القضائية بل هي نتاجها.

---

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٣٥ لسنة ٩ قضائية "دستورية" جلسة ١٤ أغسطس ١٩٩٤ – قاعدة رقم ٢٧/ ٢، ٣ – ص ٣٣١ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

(٢) "دستورية عليا" – القضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية – قاعدة رقم ٢/٣٤ – جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ ص ٥٧٤ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

فما يقال من أن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، لا يجوز أن تفصل في مسائل دستورية في غير ضرورة ملجئة، مرده أن رقابتها على الشرعية الدستورية حذرة بطبيعتها، وأن الخصومة القضائية لا يجوز رفعها قبل أوانها، ولا الفصل فيها بعد أن صار النزاع عقيماً . فلا ترتجي منها فائدة لها شأن.

والقول بأن حكمها في المسائل الدستورية، لا يجوز أن يجاوز حدود واقعاتها، مؤداه أن قضاءها في الخصومة الدستورية لا يجوز أن يكون زائداً على حاجتها. ذلك أن حكمها في الخصومة الدستورية يستقيم بغير حيثياتها الزائدة التي لا حجية لها لأن منطوق الحكم يقوم بدونها، فلا ترتبط به ارتباطا لا يقبل التجزئة.

ولأن الأصل في المصلحة، أن تكون قائمة، وأن يقرها القانون فقد تعين القول بانتفائها في الخصومة الدستورية، إذا كان الطاعن قد أفاد من مزايا النصوص القانونية المطعون عليها، أو كان تطبيقها لم يلحق به ضرراً.فعلياً ومباشراً

وما قررناه من أن الرقابة القضائية على الدستورية لا تستقيم موطئاً لإبطال نصوص قانونية يحتمل مضمونها تأويلاً يجنبها الوقوعه في حمأة المخالفة الدستورية، مرده أن هذه الرقابة مناطها الضرورة . وهي تكون كذلك كلما كانت النصوص القانونية المطعون عليها، عصية على كل تفسير يوائم بين مضمونها وأحكام الدستور(١).

بما مؤداه أن الضوابط الذاتية للرقابة على الشرعية الدستورية، أدخل في مجموعها وحقيقتها، إلى خصائص الوظيفة القضائية التي يتحقق مناط بمباشرتها، كلما كان النزاع المعروض على جهة الرقابة حياً، وفي حدود أبعاده، وعلى ضوء توافر لمصلحة الشخصية والمباشرة فيه أو تخلفها، وبما

---

(١) "دستورية عليا" ـ القضية رقم ٧٣ لسنة ١٩ ق "دستورية" ـ جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ ـ قاعدة رقم ٧٧ ـ ص ١٠٩٩ من الجزء الثامن.

يكون وسطاً بين رقابة على الشرعية الدستورية تتسم بتهورها، ورقابة من نوعها تبلور تراجعها(١).

وقد سبق لنا أن أوضحنا أن هذه القيود الذاتية لا تتقيد بها المحكمة في جميع الأحوال بل تخرج عليها كلما سنحت لها الفرصة وقد ذهب أحد الفقهاء(٢) في إنتقاد ما ذهبنا إليه وقال:-

مع كل ما قيل سلفاً عن القيود الذاتية للرقابة الدستورية، فإن البعض يري أن تحليل أحكام المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا يقطع بأن كل ما قيل هذه القيود لا أساس له ولا سند. فالمحكمة الدستورية العليا تقوم بالبحث عن أغراض التشريع لتحديد مدي مشروعية موضوعه، خاصة وأنها تجد سنداً في تحديد المشرع الدستوري لبعض الأغراض التي يجب أن يتوخاها المشرع. وحتى لو لم يحدد المشرع الدستوري هذه الأغراض، فقد ابتدعت المحكمة أفكاراً وأهدافاً من مضمون الوثيقة الدستورية نفسها، كفكرة العدالة والمحاكمة المنصفة ومفهوم العقوبة العادلة والتناسب مع الذنب المرتكب. ففي كل هذه الأفكار تتطرق المحكمة إلى الأغراض وتراقب الملاءمة في التشريع ، سواء كان ذلك تطبيقاً لنص دستوري صريح كنص وجوب تحقيق الضرائب للعدالة الاجتماعية، أو من خلال استقاء المحكمة لمبادئ عامة من نصوص الدستور ذاتها تنزلها منزلة التطبيق على النص التشريعي. ومن هنا لا يمكن أن تكون هذه القيود الذاتية كافية لتجنب الصدام المحتمل مع باقي السلطات.

وإذا كان الرأي السابق صحيحاً، فإنه صحيح جزئياً وليس كلياً، ذلك أن

---

(١) راجع في ذلك الدعوى رقم ٣٥ لسنة ٩ قضائية جلسة ١٩٩٤/٨/١٤ - القاعدة رقم ٢/٢٧ ص ٣٣١ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا. د. عوض المر المرجع السابق ص ١٦٤. د. عوض المر المرجع السابق ص ١٦٥.

(٢) د. فاروق عبدالبر دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات ص ٦٢ وكما يشير إلى رأينا المنشور في مؤلفنا الإشكاليات والدفوع أمام القاضي الدستوري سنة ٢٠٠٠ ص ٦٥٩.

القيود الذاتية التي تقيد المحكمة بها نفسها ليست قيوداً حديدية يستحيل اختراقها، لكنها أحياناً ما تكون قيوداً حديدية يمكن الالتفاف عليها وتجاوزها إذا ما قدرت المحكمة ضرورة لذلك. ومع ذلك تبقي هذه القيود – أساساً – هي الهادي للمحكمة في عملها وتوجهاتها حفاظاً على التوازن بينها وبين غيرها من سلطات الدولة. إن إتباع المحكمة هذه القيود يجنبها إلى حد كبير معارك مع السلطتين التشريعية والتنفيذية تعلم مسبقاً أنها الخاسر الأكبر فيها، بحكم أن السلطة القضائية التي تنتمي إليها المحكمة وتمثل أحد فروعها هي في الواقع العملي أضعف السلطات في مصر(١).

والواقع أن ما كنا نهدف إليه عند تحليل مذهب المحكمة في التقيد بهذه الضوابط الذاتية إلى أن الضابط الخاص بعدم التطرق إلى ملائمة التشريع قد خالفته المحكمة صراحة وتناولت جوانب الملائمة في التشريع وعيب الانحراف ليس له علاقة باعتبارات الملائمة ومن ثم فهو قيد أشد انضباطا ولا يجوز البعد عن بحث الانحراف تحت دعوى أن الأمر يجعل القاضي يتناول الملائمة في التشريع وفي أغراض التشريع وأهدافه فالبحث في أغراض التشريع وأهدافه وبواعثه هو أمر واجب على القاضي أن يقوم به سواء للتعرف على نية المشرع لتفسير التشريع أو على نيته الحقيقية للحكم على التشريع في حالة وجود انحراف به.

والناظر للقيود الذاتية سالفة البيان يجد أن الجزء الأكبر من هذه القيود يتعلق بعمل القاضي الفني في التحقق من توافر المصلحة والصفة في الدعوى الدستورية وحتى في هذا الجانب الإجرائي نجد القاضي الدستوري قد طور من عمله في هذا الخصوص إلا أن هذا التطوير لعمله ارتبط بدوره الإجرائي كمهيمن على الدعوى الدستورية حتى أنه يتطرق إلى ما يعد من النظام العام الإجرائي أمامه فيقوم بالتصدي له بعيداً عن طلبات الخصوم وقد أوضح ذلك أحد الفقهاء حيث ذهب إلى:-

---

(١) د. فاروق، عبدالبر المرجع السابق ص ٢٥٠.

إن سلطة القاضي في إثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام من تلقاء نفسه ليست واحدة في جميع فروع القضاء، وأن نطاق هذه السلطة يتسع في القضاء الإداري بالمقارنة بالقضاء العادي، كما يتسع في القضاء الدستوري بالمقارنة بجميع صور القضاء نظراً لاتساع مفهوم فكرة النظام العام الدستوري، التي اعتبر بعض الكتاب أنها تشمل جميع نصوص الدستور ومبادئه واعتبر أن جميع الدفوع أمام القاضي الدستوري تتعلق بالنظام العام، بينما حاول كتاب آخرون تقييد نطاق هذه الفكرة في القضاء الدستوري وقصرها على القواعد المتعلقة بالإجراءات الجوهرية والمتعلقة بإصدار التشريعات بالإضافة إلى الحقوق والحريات الأساسية التي نص عليها الدستور.

ويبدو أن المحكمة الدستورية المصرية تؤيد في السياسة القضائية التي تطبقها في رقابة دستورية القوانين واللوائح – الاتجاه الذي يوسع في مفهوم فكرة النظام العام الدستوري، حيث تبسط رقابتها على جميع نصوص القانون أو اللائحة المطعون بعدم دستوريتها ولا تقتصر على فحص دراسة النص المطعون فيه وحده، وقد توسعت في هذا المفهوم وذهبت إلى مدي أبعد من المدى الذي وصل إليه المجلس الدستوري الفرنسي في مد رقابته على النصوص المرتبطة ارتباطا وثيقاً بالنصوص المطعون في دستوريتها بشكل لا يقبل التجزئة. والدليل على ذلك هو أن الحالات التي بسطت فيها المحكمة الدستورية المصرية رقابتها على النصوص المرتبطة بالنص المطعون فيه ارتباطا لا يقبل الانفصال تزيد كثيراً على الحالات التي قام فيها المجلس الدستوري بذلك.

وقد تبين لنا كذلك أن القاضي الدستوري في مصر لا يقتصر على إثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام في الجانب الإجرائي من الدعوى الدستورية، وإنما يثير كذلك من تلقاء نفسه الدفوع المتعلقة بالربط بين الجانب الشكلي والجانب الموضوعي للقانون أو اللائحة المطعون فيهما بحيث إذا آثار المدعي طعناً يمس موضوع القانون فإن القاضي يفحص كذلك شكل هذا القانون دون حاجة

لتمسك المدعي بذلك. وقد أقرت المحكمة الدستورية في مصر لنفسها كذلك بالحق في إثارة الدفع بعدم الدستورية حينما تقوم بوظيفة محكمة الموضوع وهذا يعد تفسيراً سليماً لنصوص القانون المنظم لها، وكذلك بالحق في إثارة أوجه لعدم دستورية النص المطروح عليها لا يكون المدعى قد آثارها في صحيفة دعواه.

وقد درسنا كذلك الرخصة التي منحها المشرع المصري للمحكمة الدستورية في المادة ٢٧ من القانون المنظم لها في التصدي لفحص دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارستها لاختصاصاتها وتوجد صلة بينه وبين النزاع المطروح علي المحكمة ووجدنا أن المحكمة قد توسعت في البداية في استخدام هذه الرخصة حيث تصدت لفحص دستورية نص في قانون غير معروض عليها لمجرد وجود تماثل بينه وبين النص المطعون فيه أمامها.

ثم عادت المحكمة وقيدت رخصتها في التصدي في حكم لاحق حيث استلزمت – لاستعمال هذه الرخصة – أن يكون لتصديها لفحص دستورية نص آخر غير النص المطعون فيه تأثير على المحصلة النهائية للخصومة الأصلية القائمة أمامها. وبذلك تكون المحكمة الدستورية المصرية قد قيدت رخصتها في التصدي لفحص دستورية نص قانوني أو لائحي غير مطعون فيه أمامها بناء على المادة ٢٧ من قانونها. ولكن المحكمة عادت في حكم لاحق وبسطت رقابتها على دستورية نص مرتبط بالنص المطعون فيه أمامها ارتباطا يقبل الانفصال، وكان يمكن أن تفصل في دستورية النص الأصلي وحده وكان هذا كفيلاً بتحقيق مصلحة المدعي، ولكن المحكمة توسعت في رقابتها على النص المرتبط بالنص الأصلي ارتباطا يقبل التجزئة وذلك دون أن تستند على المادة ٢٧ من القانون المنظم لها، وبناء على ذلك فإننا نعتقد أن المحكمة الدستورية

العليا لم تتبع سياسة واحدة في التصدي لرقابة دستورية النصوص المرتبطة بالنص المطعون فيه أمامها(١).

وتأكيداً لصدق ما انتهينا إليه من عدم التزام المحكمة على نحو دقيق بهذه القيود الذاتية ذهب أحد الباحثين(٢) إلى أنه:-

وإذا كانت المحكمة الدستورية العليا قد خلصت إلى تحديد نطاق قرينة الدستورية على النحو السالف بيانه، فإننا لا نلمس – فيما وراء هذا التحديد – أي أثر لها في قضاء المحكمة، ونكاد نقطع بعدم وجود أي حالة للتعارض الواضح والصريح بين النصوص الدستورية وأي نص تشريعي عرضت على المحكمة منذ إنشائها وحتى كتابة هذه السطور إزاء حرص المشرع على عدم انتهاك أحكام الدستورية على نحو قاطع وصريح ما تقضي بذلك قرينة الدستورية.

ورغم أن قرينة الدستورية تستهدف الحد من حالات عدم الدستورية إلا أننا نلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا أسرفت في الأحكام الصادرة بعدم الدستورية إسرافاً كبيراً وذلك من خلال التوسع إلى أبعد حد في تفسير بعض النصوص الدستورية التي تتضمن مبادئ عامة كمبدأي المساواة وتكافؤ الفرص وغيرهما، ولعل ما يلفت النظر أن المحكمة الدستورية بالغت أحياناً في تفسيرها الموسع لبعض النصوص الدستورية وأعطت لها معاني قد لا تحتملها عبارات النص في سبيل الحكم بعدم الدستورية، وكان بإمكان المحكمة أن تتجنب في كثير من الأحوال الحكم بعدم الدستورية فيما لو حملت النص التشريعي المطعون فيه بعدم الدستورية لا على الوجه الذي يجعله مخالفاً للدستور، وإنما على الوجه الآخر الذي يجعله موافقاً له وفقاً لما تقرره قرينة الدستورية

---

(١) د. يسري محمد العصار التصدي في القضاء الدستوري سنة ١٩٩٩ دار النهضة العربية ص ١٠٢.

(٢) د. ثروت عبدالعال أحمد السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٤ ص ٥١.

لمصلحة التشريع، على النحو الذي تفصح عنه الأحكام الصادرة عن المحكمة والتي تؤكد فيها بمناسبة وغير مناسبة التزامها بمقتضى هذه القرينة، وهو ما عبرت عنه المحكمة بقولها "أن الرقابة التي تباشرها هذه المحكمة في شأن الشرعية الدستورية لا تستقيم موطناً لإبطال نصوص قانونية يحتمل مضمونها تأويلاً يجنبها الوقوع في هاوية المخالفة الدستورية.. فإذا ما استعصي تفسير النصوص المطعون عليه بما يوائم بين مضمونها وأحكام الدستور فإن وصمها بعدم الدستورية يغدو محتماً، إذ لا يسوغ أن تفسر النصوص القانونية قسراً على وجه لا تحتمله عباراتها ولا يتقسم مع فحواها بقصد تجنب الحكم بعدم دستوريتها وإلا انحلت الرقابة الدستورية عبثاً[1].

غير أن أدنى تأمل لواقع الرقابة القضائية التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا من خلال دراسة الأحكام الصادرة عنها بعدم الدستورية يؤكد لنا بما لا يدع مجالاً للشك أن المحكمة لا تأخذ نفسها في الغالب الأعم من الأحوال بهذه القرينة، وأنها لا تميل عادة إلى اعتناق التفسير الذي يجعل القانون المطعون فيه موافقاً للدستور بقدر ميلها إلى الأخذ بالتفسير العكسي الذي يؤدي بالقانون إلى حومة المخالفة الدستورية وذلك على خلاف ما تقضي به القرينة محل الدراسة ولقد سجلت المحكمة الدستورية العليا اعتناقها لهذا النظر وأفصحت في عدد غير قليل من أحكامها عن إعراضها عن التفسير الأصلح للقانون إن صح هذا التعبير[2].

وفي تحليله لمسلك المحكمة الدستورية العليا بخصوص استبعاد أعمال السيادة من رقابتها ذهب الباحث إلى أن المحكمة الدستورية العليا عولت عند التكييف القانوني لما يعتبر من أعمال السيادة ولا يعتبر كذلك هي بطبيعة هذه

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في ٨ يوليو سنة ٢٠٠٠ في الدعوى الدستورية رقم ١١ س ١٣ ق، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء التاسع ص ٦٦٩ وأنظر في نفس المعني حكمها في ٣ يناير ١٩٩٨ في الدعوى الدستورية رقم ١١٤ لسنة ١٩ ق المجموعة السابقة الجزء الثامن ص ١١٠.

(٢) د. ثروت عبدالعال المرجع السابق ص ٥٣.

الأعمال ذاتها غير أنه في تحليله انتهى إلى أن المحكمة سلكت مسلكاً مغايراً وذهبت في ذلك إلى:-

غير أن المحكمة الدستورية العليا لم تستمر طويلاً على هذا الاتجاه إذ سرعان ما اتجهت نحو تخليها عن فكرة إعمال السيادة واعتمادها عليها بشكل مطلق في استبعاد الأعمال السياسية من نطاق رقابتها وبدأت المحكمة تتحسن خطأها نحو هذا التحول تلميحاً لا تصريحاً وظهر مسلكها في هذا الصدد مشوباً بشيء غير قليل من الحذر، ذلك أن المحكمة وجدت نفسها أمام نظرية غدت – على نحو ما ورد بتقرير هيئة المفوضين – مستقرة في النظام القضائي المصري سواء أمام القضاء العادي أم لدي القضاء الإداري، ومن ثم لم يكن من المقصود أن تهدر المحكمة نظرية هذا شأنها دفعة واحدة، فذهبت في بادئ الأمر إلى استبعاد تطبيق فكرة أعمال السيادة في شأن النصوص القانونية كلما كان مضمونها مناقضاً للقيود والضوابط التي وضعها الدستور، فكأن المحكمة الدستورية العليا حددت إطار فكرة أعمال السيادة بطريقة الاستبعاد، ومعنى ذلك بعبارة أخري أن المحكمة الدستورية العليا تحدد مالا يدخل في نطاق الأعمال السياسية ، أما ما يندرج تحت نطاق هذه الفكرة ويعتبر من مشتملاتها أو عناصرها فلم تعرض له المحكمة(١). وبذلك أصبحت المحكمة صاحبة القول الفصل في تحديد ما يعد ما لا يعد من أعمال السيادة التي تخرج من نطاق ولايتها، وساعدها في ذلك اعتمادها على معيار طبيعة العمل حتى تسمح لنفسها بقدر كبير من المرونة حسبما تقتضيه الأحوال.

وبهذه المثابة استطاعت المحكمة الدستورية العليا التوفيق بين اعتبارات استقرار نظرية أعمال السيادة في النظام القضائي المصري بأن أبقت عليها من الناحية النظرية، واعتبارات عدم ملاءمة تطبيق النظرية ذاتها في مجال القضاء الدستوري بأن استبعدت تطبيقها من الناحية العملية، وذلك من خلال رفضها

---

(١) د. عادل شريف: المرجع السابق ص ١٦٣، د. عبد الحميد حسن محمد: المرجع السابق ص ٣٤.

الدفع بعدم اختصاصها بنظر الطعن وذلك في الغالب الأعم من الأحوال التي يكون فيها مبني هذا الدفع أعمال السيادة، فالمحكمة لم تعلن بصريح العبارة رفضها لفكرة أعمال السيادة، ولكنها جردتها من كل قيمة عملية بأن عولت على طبيعة العمل في ذاته لا بالوصف الذي يخلع عليه، ويبدو ذلك جلياً فيما قضت به المحكمة في حكمها الصادر بجلسة ٢٥ يونية سنة ١٩٨٣ من رفض الدفع بعدم اختصاصها بنظر الطعن في دستورية القرار بقانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٦٤ بأيلولة ملكية الأراضي الزراعية التي تم الاستيلاء عليها طبقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الإصلاح الزراعي والقرار بقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ المعدل له إلى الدولة دون مقابل باعتبار أن هذا القرار بقانون لم يتناول عملاً من الأعمال السياسية أو من أعمال السيادة التي تنأى عن الرقابة الدستورية، وقد أسست المحكمة قضاءها على أن التشريع الطعين صدر في شأن يتعلق بالأراضي الزراعية التي تم الاستيلاء عليها طبقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ والقرار بقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ متضمناً عدم أحقية مُلاكها في التعويض عن هذه الأراضي ، فتعرض بذلك للملكية الخاصة، وهي من الحقوق التي عني الدستور بالنص على صونها وتحديد الحالات التي يجوز فيها نزعها جبراً عن مالكها ووضع القيود والضوابط لحمايتها والتي ينبغي على سلطة التشريع أن تلتزم بها وإلا جاء عملها مخالفاً للدستور ومن ثم لا يكون ذلك القرار بقانون قد تناول مسائل سياسية تنأى عن الرقابة الدستورية على نحو ما ذهبت إليه الحكومة، ويكون الدفع المبدي منها في هذا الصدد بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى غير قائم على أساس متعيناً رفضه(١).

وفي ذات الاتجاه واصلت المحكمة قضاءها برفض الدفع بعدم اختصاصها كلما كان مبني الدفع أن التشريع المطعون فيه من الأعمال السياسية التي تنحسر عنها رقابة الدستورية ففي حكمها الصادر بجلسة ٢١ يونية ١٩٨٦

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في ٢٥ يونيه ١٩٨٣، الدعوى الدستورية رقم ٣ س ١ ق مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الثاني ص ١٥٥.

خلصت المحكمة إلى رفض الدفع بعدم اختصاصها بنظر الطعن في دستورية المادة الرابعة من القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعي تأسيساً على أن "النصر التشريعي المطعون عليه صدر بعد استفتاء شعبي تم إعمالاً لنص المادة ١٥٢ من الدستور مستهدفاً تأمين سلامة الدولة ونظامها السياسي وتحقيق مصلحتها السياسية في حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعي، ومن ثم يعتبر من الأعمال السياسية التي تنحسر عنها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح".

غير أن المحكمة الدستورية العليا لم تساير هذا النظر، وخلصت إلى رفض الدفع استنادا إلى أن ما نصت عليه المادة ١٥٢ من الدستور من أن لرئس الجمهورية أن يستفتي الشعب في المسائل الهامة التي تتصل بمصالح البلاد العليا لا يخرج عن أن يكون ترخيصها لرئيس الجمهورية بعرض المسائل التي يقدر أهميتها واتصالها بالمصالح القومية الحيوية، على هيئة الناخبين لاستطلاع رأيها فيها من الناحية السياسية، ومن ثم لا يجوز أن يتخذ هذا الاستفتاء – الذي رخص به الدستور وحدد طبيعته والغرض منه – ذريعة إلى إهدار أحكامه أو مخالفتها، كما أن الموافقة الشعبية على مبادئ معينة طرحت في الاستفتاء ، لا ترقي بهذه المبادئ إلى مرتبة النصوص الدستورية التي يجوز تعديلها إلا وفقاً للإجراءات الخاصة المنصوص عليها في المادة ١٨٩ من الدستور وبالتالي لا تصحح هذه الموافقة ما قد يشوب النصوص التشريعية المقننة لتلك المبادئ من عيب مخالفة الدستور، وإنما تظل هذه النصوص على طبيعتها كعمل تشريعي أدنى مرتبة من الدستور، فتتقيد بأحكامه، وتخضع بالتالي لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية، هذا فضلاً عن أن النص التشريعي المطعون عليه قد صدر في شأن يتعلق بحق فئة من المواطنين في مباشرة الحقوق السياسية التي كلفها الدستور والتي ينبغي على سلطة التشريع ألا تنهال منها وإلا وقع عملها مخالفة للدستور، ومن ثم لا يكون ذلك النص قد تناول مسائل سياسية تنأى عن الرقابة الدستورية على نحو ما

ذهبت إليه الحكومة ، ويكون الدفع المبدي منها بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى – برمته – على غير أساس ومتعيناً رفضه[1].

والواقع أن هذا الحكم يعد نقطة تحول بارزة في تاريخ قضائنا الدستوري، كما يعتبر إيذاناً بتخلي المحكمة عن سياسة التقييد الذاتي التي أعلنتها المحكمة في العديد من أحكامها عن إتباعها لها وبكل ضوابطها ومن بينها نظرية أعمال السيادة أو الأعمال السياسة التي استهدفت من ورائها الحد من نطاق رقابتها، فهذا الحكم يبين لنا كيف توسعت المحكمة في رقابتها إلى الحد الذي امتدت فيه إلى القوانين الصادرة بطريق الاستفتاء، رغم أنها تعد – في نظر الفقه – من المسائل السياسية بطبيعتها ومن ثم كان يتعين أن تخرج – وفقاً لهذا النظر – من نطاق رقابة الدستورية، غير أن المحكمة الدستورية العليا لم تأخذ بهذا النظر ونهجت سياسة أكثر إيجابية بأن سلطت رقابتها على كافة الأعمال التشريعية حتى ما صدر منها بطريق الاستفتاء.

ولعل أدنى مقارنة بين مسلك المحكمة الدستورية العليا الذي عبرت عنه في حكمها السالف وبين مسلك المجلس الدستوري الفرنسي في شأن الرقابة التي يمارسها كل منهما على القوانين الصادرة بطريق الاستفتاء يكشف لنا بجلاء أن محكمتنا الدستورية كانت أشد جرأة وأكثر إقداماً من نظيراتها الفرنسي، ففي الوقت الذي بسطت فيه المحكمة الدستورية العليا رقابتها على القوانين الصادرة بطريق الاستفتاء دون أن تلقي بالا لاعتراض الحكومة بأن هذه القوانين تعد تعبيراً عن السيادة الشعبية الأمر الذي لا يجوز معه إخضاعها لأي شكل من أشكال رقابة الدستورية نجد أن المجلس الفرنسي امتنع عن بسط أي رقابة على القوانين الصادرة بطريق الاستفتاء، وهو ما أفصح عنه المجلس في قراره الصادر في ٦ نوفمبر ١٩٦٢ بقوله إن القوانين الصادرة بطريق الاستفتاء أياً كانت الموضوعات التي تنظمها تخرج عن نطاق رقابته المحددة بالمادة ٦١ من

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في ٢١ يونية ١٩٨٦، الدعوى الدستورية رقم ٥٦ س ٦ ق مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الثالث ص ٣٥٨.

الدستور وأن اختصاصه يقتصر على القوانين الاستثنائية والعادية الصادرة عن البرلمان، أما القوانين الصادرة بطريق الاستفتاء فلا يمكن أن تكون محلاً لرقابته باعتبارها التعبير المباشر عن السيادة الشعبية L'expression directe de la souvraineté وذلك أنه إذا كانت المادة ٦١ من الدستور قد خولت المجلس مهمة الفصل في دستورية القوانين الأساسية والعادية دون تحديد ما إذا كان هذا الاختصاص يمتد ليشمل كافة النصوص ذات الطابع التشريعي إستفتائية كانت أو برلمانية، أو أنه يقتصر على القوانين الصادرة عن البرلمان فإنه يستخلص من روح الدستور.. أن القوانين التي أشار إليها الدستور في المادة (٦١) هي فقط التي يتم إقرارها من جانب البرلمان وليست تلك التي يتم إقرارها من جانب الشعب عن طريق الشعب استنادا إلى أن هذه القوانين تجسد تعبيراً مباشراً عن السيادة الوطنية.

في حين انتهت المحكمة الدستورية العليا إلى أن الإستفتاء هو إجراء شكلي لازم في الحالات التي قررها الدستور ومن ثم فلا يجوز أن يتخذ هذا الاستفتاء الذي رخص به الدستور... ذريعة إلى إهدار أحكامه أو مخالفتها(١).

ولقد واصلت المحكمة الدستورية العليا سياستها الإيجابية في بسط رقابتها على الأعمال السياسية واستقرت أحكامها على أن القيود التي يفرضها الدستور على سلطة التشريع لا يجوز إسقاطها أو التحلل منها تذرعاً بنظرية أعمال السيادة أو الأعمال السياسية. وبهذه المثابة استطاعت المحكمة أن تتخلص عملاً من أعمال السيادة واستبعدتها من نطاق رقابتها، ففي حكمها الصادر بجلسة ١٦ مايو سنة ١٩٨٧ خلصت المحكمة إلى رفض الدفع بعدم اختصاصها بنظر الطعن في دستورية القانون رقم ١٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣ والفقرة الخامسة من المادة ٢٤ من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية المعدل بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٨٤ باعتبار أن التعديل التشريعي الذي

---

(١) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في ٢١ يونية ١٩٨٦ سلفت الإشارة.

تضمنته هذه القوانين بشأن العدول عن النظام الانتخابي الفردي إلى الانتخاب بالقائمة من المسائل السياسية التي تنأى عن رقابة المحكمة الدستورية العليا نظراً لاتصاله بالنظام السياسي الداخلي، وقد استندت المحكمة في ذلك إلى أن التشريع الطعين قد صدر في شأن يتعلق بحق الترشيح لعضوية مجلس الشعب وهو الحق الذي عنى الدستور بالنص عليه وعلى كفالته والذي ينبغي على سلطة التشريع ألا تنال منه وإلا وقع عملها مخالفاً للدستور ومن ثم فإن القانون المذكور لا يكون قد تناول مسائل سياسية تنأى عن الرقابة الدستورية على نحو ما ذهبت إليه الحكومة ، ويكون الدفع المبدي منها بعدم اختصاص المحكمة قائماً على غير أساس ومتعيناً رفضه[1].

على أن السياسية الإيجابية التي اتجهت نحوها المحكمة الدستورية العليا تبدو بصورة أشد وضوحاً في مسألة تقسيم الدوائر الانتخابية، التي امتنعت المحكمة العليا الأمريكية عن بسط رقابتها عليها باعتبار أن مسائل التقسيم من المسائل السياسية بطبيعتها التي تنأي عن رقابتها[2].

وإذا كان هذا هو تحليل الفقهاء للقيود الذاتية الإجرائية التي في الأصل تلتزم بها المحكمة على نحو مطلق إلتزاماً بوظيفتها القضائية فما هو اتجاه

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٦ مايو سنة ١٩٨٧ ، الدعوى الدستورية رقم ١٣١ س ٦ ق.

(٢) ففي قضية كولجرون ضد جرين ذهبت المحكمة العليا الأمريكية إلى أنها لا تستطيع التدخل في مسألة تقسيم الدوائر الانتخابية، إذ أنها لا تملك أن تعيد بنفسها تقسيم الدوائر الانتخابية كما أنها لا تملك أن تقضي بإلغاء التقسيم القديم ، إذ أن مؤدي ذلك أن تصبح الولاية دائرة انتخابية واحدة وبذلك يضع الغرض الذي أراده الدستور وأرادة الكونجرس من إجراء الانتخابات على أساس الدوائر المتعددة، كما أن لهذا النزاع طبيعة سياسية واضحة، وقد جرت المحكمة منذ بداية عهدها على التنحي بعيداً عن ميدان هذه المنازعات..." أنظر في ذلك د. احمد كمال أبو المجد : المرجع السابق ص ٤٩٣، وما بعدها وأنظر في شأن تطور قضاء المحكمة العليا بشأن مسألة إعادة تقسيم الدوائر الانتخابية في الولايات المتحدة الأمريكية د. هشام فوزي: المرجع السابق ص ٢٨١ – ٢٨٢. وما جاء بالمتن د. ثروت عبدالعال المرجع السابق ص ٨٩.

المحكمة إزاء القيود الموضوعية وعلى الأخص القيد المرتبط بعيب الانحراف التشريعي وهو المتعلق بعدم تنازل بواعث التشريع أو ملائمته.

وهو ما ينقل بنا إلى دراسة مذهب المحكمة في خصوص هذا القيد الذاتي مع وجوب الإشارة إلى أن البحث في بواعث التشريع المعتبر فيه في نظر الفقهاء هو المتعلق بالبحث في البواعث على إصداره لإكتشاف وجود إنحراف تشريعي أما البحث في البواعث بمعنى الأساس الذي قام عليه التشريع من الناحية الموضوعية فهو أمر واجب على المحكمة.

مبحث خاص
البحث في بواعث التشريع وملائمته

ينصرف مفهوم هذه القاعدة – كإحدى القواعد التي تقوم عليها سياسة التقييد الذاتي – إلى أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين تعتبر بحسب الأصل رقابة فنية ذات طابع قانوني مجرد، ومن ثم فإن نطاقها يتحدد بالمسائل الدستورية ولا تمتد بالتالي إلى المسائل التي تدخل في الاختصاص التقديري للسلطة التشريعية ولا إلى ما يتعلق بملاءمة التشريع أو بواعث إصداره[١].

وتجد هذه القاعدة جذورها في أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين – بحسب نشأتها الأولي – هي رقابة قانونية يمارسها متخصصون من رجال القانون تجد حدها الطبيعي فيما يتعلق بالجوانب القانونية دون أن تتجاوزها إلى ما تعلق منها بالجوانب التقديرية التي تمثل منطقة الملاءمة، ومن ثم فإنه يتعين على القاضي الدستوري أن يؤدي مهام وظيفته داخل حدودها المقررة وهي التحقق من موافقة القانون للدستور، وذلك وفقاً للاعتبارات القانونية التي يحددها الدستور النافذ والمعمول به دون أن يكون له أدني شأن باعتبارات الملاءمة[٢].

وعلى هذا النحو كان التصور السائد للرقابة القضائية منذ مطلع ظهورها وعبر مراحل تطورها المختلفة، أنها رقابة مشروعية وليست رقابة ملاءمة، ولذلك قيل أن اصطلاح الرقابة القضائية على الملاءمة اصطلاح يتناقض مع

---

(١) د. أحمد كمال أبو المجد: المرجع السابق ص ٤٦٠ وأنظر في ذات المعني د. عادل عمر شريف: المرجع السابق ص ١٥١، د. شعبان أحمد رمضان: المرجع السابق ص ٥٢٨ وما بعدها، د. على السيد الباز المرجع السابق ص ٦٠٨، د. هشام فوزي: المرجع السابق ص ٢٩٣، د. نبيلة عبدالحليم كامل: الرقابة القضائية على دستورية القوانين – القضاء الدستوري، دار النهضة العربية ١٩٩٣ ص ١٢٣، د. عبد الحميد حسن محمد: المرجع السابق ص ٣٤٢.

(٢) د. على السيد الباز المرجع السابق ص ٦٠٨.

نفسه، إذ كيف توصف هذه الرقابة بأنها "قضائية" في الوقت الذي تمتد فيه إلى اعتبارات أخري غير اعتبارات القانون، وكيف يمكن للقاضي الدستوري وهو رجل قانون أن يزج بنفسه في مسائل الملاءمة ليحل بذلك نفسه محل المشرع فيما حرص الدستور على أن يتركه لمطلق سلطته التقديرية.

وترتيباً على ذلك فإن الرقابة القضائية على دستورية القوانين وبوصفها رقابة قضائية تعتبر – بحسب الأصل – رقابة قانونية ولا تقوم إلا إذا كانت هناك مسألة قانونية، كما أن الحكم القضائي لا يخرج عن كونه حلاً لمسالة من مسائل القانون، ذلك لأن وظيفة القاضي الدستوري – شأنه في ذلك شأن أي قاضي آخر عادياً كان أم إدارياً – تنحصر في مجرد التحقق من موافقة النص التشريعي المطعون فيه للنصوص الدستورية.

ومن ثم يمتنع عليه أن يتعرض لبحث ملاءمة التشريع أو الخوض في ماهية البواعث التي أدت إلى صدور التشريع أو ضرورته لتحقيق الأهداف التي توخاها المشرع، وليس له أيضاً أن يتعرض لتقدير الحكمة التي ابتغتها السلطة التشريعية من وراء وضع التشريع أو تقدير آثاره الاجتماعية أو فحص الأساليب التي يستخدمها والسياسة التي يعبر عنها فكل هذه المسائل تدخل ضمن عناصر الملاءمة التي تستقل السلطة التشريعية بتقديرها وليس للقضاء أن يتناول بالمراجعة التقدير الذي تجريه السلطة التشريعية في هذا الشأن وإلا كان ذلك تجاوزاً منه لحدود اختصاصاته الدستورية ويمثل في الوقت ذاته اعتداء من جانبه على اختصاصات السلطة التشريعية(١).

---

(١) ولقد عبر المستشار محمد على بليغ الرئيس الأسبق للمحكمة الدستورية العليا عن هذا المعني بقوله "أن للرقابة القضائية التي تمارسها المحكمة على دستورية القوانين واللوائح حدوداً لا يجوز تجاوزها وأنها (أي المحكمة) لا تقتحم منطقة تباشر فيها السلطات التشريعية والتنفيذية اختصاصاتهما التشريعية التقديرية ولا تستهدف مزاحمة أيهما في ولايته الدستورية أو الانتقاص منهما، وإنما الأمر في هذه الرقابة مرده إلى القيود التي وضعها الدستور والحقوق التي كفلها ، من تقديمه للجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة العليا.

وإعمالاً لهذا النظر المستقر عمدت المحكمة العليا الأمريكية إلى وضع الضوابط التي يمتنع مع قيامها بحث ملاءمة التشريع أو التغلغل في بواعث إصداره، فاطردت على عدم مناقشة ضرورة التشريع أو عدم ضرورته، فتقدير ذلك الأمر يقتصر الاختصاص بشأنه على سلطة التشريع باعتباره من عناصر السياسة التشريعية التي يمتنع على المحكمة التدخل فيها(١).

كذلك سارت المحكمة على الابتعاد عن مراقبة ملاءمة التشريع وحكمته، ذلك أن وظيفة المشرع الأصلية، وأخص مظاهر سلطته التقديرية هي تقدير ملاءمة التشريع ومدي صلاحيته للمجتمع، ومن ثم يكون اشتراك القضاء في هذا الأمر بمثابة عدوان وتدخل في أعمال سلطة التشريع، وخروج على مبدأ الفصل بين السلطات طالما أن التشريع غير ظاهر البعد عن غاياته، كما رأت المحكمة أن تتخذ من ظاهر النص التشريعي أساساً لفحص دستوريته، ولم تسمح بالبحث عن البواعث الحقيقية للنص بالتجاوز عن ظاهرة، وإذا كان التشريع في ظاهره – وكما يتضح من نصوصه – داخلا في السلطات التي يسمح بها الدستور للسلطة التشريعية، فإنه لا يجوز التنقيب وراء نصوصه للبحث عن البواعث المشروعة أو غير المشروعة التي عساها تكون قد دفعت الهيئة التشريعية أو بعض أعضائها إلى سن التشريع(٢) (٣).

---

(١) د. احمد كمال أبو المجد: المرجع السابق ص ٤٦٠، وأنظر أيضاً د. عبد الحميد حسن محمد: المرجع السابق ص ٣٤٢.

(٢) أنظر في ذلك د. أحمد كمال أبوالمجد: المرجع السابق ص ٤٦٣، د. على السيد الباز: المرجع السابق ٢ ٦١٤، د. عادل شريف: المرجع السابق ص ١٥ ، د. نبيلة عبدالحليم كامل: المرجع السابق ص ١٢٣، د. شعبان أحمد رمضان: المرجع السابق ص ٥٣٠، د. هشام فوزي: المرجع السابق ص ٢٨٣.

(٣) ولقد قررت المحكمة العليا الأمريكية هذا المبدأ منذ زمن مبكر بقولها "إذا كان التشريع مستوفياً لكافة الشروط والأشكال القانونية فإن المحكمة لا تستطيع أن تؤيد أحد الخصوم في طعنه بعدم دستورية ذلك القانون بحجة أنه صدر عن بواعث غير شريفة أثرت على بعض أعضاء الهيئة التشريعية ويضيف الأستاذ أحمد كمال أوب المجد: أن البواعث غير الشريفة قلما تستولي على الهيئة التشريعية كلها أو على جانب كبير منها بحيث يمكن القول بأن التشريع قد صدر عن باعث غير شريف أو غير مشروع من الهيئة التي أصدرته "أنظر مؤلفه عن الرقابة على الدستورية القوانين المرجع السابق ص ٤٦٤.

وفي فرنسا حرص المجلس الدستوري على التأكيد بأن دوره ينحسر عن التعرض لمناقشة ضرورة التشريع أو عدم ضرورته، كما لا يدخل في رقابته التحقق من سلامة التقديرات التي يجريها المشرع بشأن ملاءمة التشريع، وليس له أيضاً – أي المجلس الدستوري – أن يتعرض للبواعث الحقيقية التي دفعت المشرع إلى سن التشريع بالتجاوز عن ظاهر النص والبحث عن أسبابه الحقيقية[١]، وهو ما يعبر عنه المجلس الدستوري بقوله.. "أن المادة ٦١ من الدستور لا تخول له سلطة عامة في التقدير والتقرير مماثلة للسلطة التي يحظر بها البرلمان، كما أنه لا يملك أن يحل تقديره الخاص محل تقدير المشرع.

وفي مصر حرص القضاء الدستوري – سواء في ذلك المحكمة العليا أو من بعدها المحكمة الدستورية العليا – على التأكيد بأن رقابته لا تمتد لبحث ملاءمة التشريع وبواعث إصداره باعتبار أن ذلك من إطلاقات السلطة التشريعية وأخص مظاهر سلطتها التقديرية التي تنأي عن الرقابة القضائية ما لم يقيدها الدستور بحدود وضوابط معينة، ومن ذلك ما ذهبت إليه المحكمة العليا في الدعوى الدستورية رقم ١١ لسنة ١ قضائية بجلسة أول أبريل ١٩٧٢ من أن ولايتها لا تمتد إلى مناقشة ملاءمة التشريع أو البواعث التي حملت السلطة التشريعية على إقراره، لأن ذلك كله مما يدخل في صميم اختصاص السلطة التشريعية وتقديرها المطلق.

كما رددت المحكمة ذا المبدأ في حكمها الصادر في ٧ يونية ١٩٧٥ في الدعوى الدستورية رقم ٢ لسنة ٣ قضائية بقولها أن السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصيل في التشريع بحيث تستطيع تنظيم أي موضوع بقانون غير مقيدة في ذلك إلا بأحكام الدستور، وأن ولاية المحكمة لا تمتد إلى مناقشة ملاءمة التشريع أو البواعث التي حملت السلطة التشريعية على إقراره، لأن

---

(١) Favoreu (L) : Le controle de consritutionnalite.. o.p. cit p. ٨٦١, Bocal (A) le pouvoir discretionnaire du legislateur.. o.p. cit. p. ٥٠

ذلك كله مما يدخل في صميم اختصاص السلطة التشريعية وتقديرها المطلق[١].

ولقد تابعت المحكمة الدستورية العليا عقب إنشائها نفس الاتجاه الذي سارت عليه المحكمة العليا، من ذلك حكمها الصادر في ١٦ فبراير ١٩٨٠ الذي أكدت فيه على أن ملاءمة التشريع والبواعث على إصداره من إطلاقات السلطة التشريعية ما لم يقيدها الدستور بحدود وضوابط معينة وعليه فإن الطعن بعدم دستورية النص المطعون فيه لإغفاله تنظيم طريق لإشهار صفة المستأجر للأرض الزراعية حتى يتبين من تعامل معه التزامه بالإخطار عن دينه لا يعدو أن يكون جدلاً حول ملاءمة التشريع وما قد يترتب عليه من إجحاف بحقوق طائفة من الدائنين مما لا يشكل عيباً دستورياً[٢].

ولقد أطرد قضاء المحكمة الدستورية العليا على ترديد هذا المعني من ذلك ما ذهبت إليه المحكمة في حكمها الصادر في ١٤ يناير ١٩٩٥ بقولها "أن الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية – ما لم يفيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها وتكون تخوما لها – لا يجوز اقتحامها أو تخطيها، وكان الدستور إذ يعهد بتنظيم موضوع معين إلى السلطة التشريعية ، فإذا ما تقره من القواعد القانونية بصدده لا يجوز أن تنال من الحق محل الحماية الدستورية سواء بالنقص أو الانتقاص ، ذلك أن إهدار الحقوق التي كفلها الدستور أو تهميشها عدوان على مجالاتها الحيوية التي لا تتنفس إلا من خلالها.. بما مؤداه أن تباشر السلطة التشريعية اختصاصها التقديرية – وفيما خلا القيود التي يفرضها الدستور عليها – بعيداً عن الرقابة القضائية التي تمارسها المحكمة الدستورية العلياء فلا يجوز لها أن تزن بمعاييرها الذاتية السياسية التي انتهجها المشرع في موضوع معين ولا أن تناقشها أو تخوض في

---

(١) مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا الجزء الأول ص ٣١٤ ، وأنظر في ذات المعني حكمها في ٣ يونية سنة ١٩٧٦ في الدعوى الدستورية رقم ٥ لسنة ٥ ق ، المجموعة السابقة ص ٧٤.

(٢) حكمها في الدعوى الدستورية رقم ١٣ لسنة ١ ق ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الأول ص ١٥١.

ملاءمة تطبيقها عملاً، ولا أن تنحل للنص المطعون فيه أهدافا غير التي رمي المشرع إلى بلوغها، ولا أن تقيم خياراتها محل عمل السلطة التشريعية بل يكفيها أن تمارس السلطة التشريعية اختصاصاتها، مستلهمة في ذلك أغراضاً يقتضيها الصالح العام في شأن الموضوع محل التنظيم التشريعي، وأن تكون وسائلها إلى تحقيق الأغراض التي حددتها مرتبطة عقلاً بها[١].

وفي حكمها الصادر في ٢٢ مارس ١٩٩٧ أكدت المحكمة الدستورية العليا على ذات المعني بقولها "إن الرقابة على الشرعية الدستورية التي تباشرها هذه المحكمة متوازنة بالضرورة ، فلا تميل اندفاعا بما يؤدي إلى انفلاتها من كوابحها ، ولا تتراخي تخاذلاً بما يعطل أهدافها، بل يجب أن تظل ملاذاً نهائياً، لا إجراء احتياطيا ، وهو ما يعني أن الحدود التي تمارس السلطتان التشريعية والتنفيذية اختصاصاتهما الدستورية في نطاقها لا يجوز اقتحامها وأن المحكمة الدستورية العليا لا تزن بنفسها – من خلال مناهجها الذاتية – ما إذا كان التشريع المعروض عليها لازماً، وما إذا كان إقراره في مناسبة بعينها ملائماً، إذ ليس لها إلا أن ترد النصوص التشريعية المطعون عليها لأحكام الدستور – الشكلية منها والموضوعية – لا أن تخوض في بواعثها وأن تناقش دوافعها، ويقتضي اتفاق النصوص القانونية المطعون عليها مع الدستور – في نطاق الموضوع محل التنظيم التشريعي - ألا تنفصل هذه النصوص عن الأغراض التي توخاها المشرع منها، بل يكون اتصال هذه الأغراض- بافتراض مشروعيتها بالوسائل إليها ، منطقياً، لا واهياً أو مفتعلاً[٢].

ومن خلال هذا العرض للأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا ومن قبلها المحكمة العليا يتضح لنا أن القضاء الدستوري المصري كثيراً ما

---

(١) حكمها في الدعوى الدستورية رقم ١٦ لسنة ٥١٥ ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ج ٦ ص ٤٩٤.

(٢) حكمها في الدعوى الدستورية رقم ٩ لسنة ١٨ ق ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الثامن ص ٥٢٢، وأنظر أيضاً حكمها في ٧ مارس ١٩٩٨ الدعوى الدستورية رقم ١٩ س ١٩ق، المجموعة السابق ص ١٢١٠.

يعلن عن التزامه بممارسة رقابته في إطار احترام السلطة التقديرية للمشرع واحترام اختياراته، وأن رقابة الدستورية التي يمارسها في هذا الشأن لا تمتد – بوصفها رقابة قضائية – إلى ملاءمة التشريع، كما لا تتناول البواعث التي عساها أن تكون قد حملت السلطة التشريعية على إقرارها، وبالقدر ذاته لا تتناول الحكم على ضرورة التشريع أو عدم ضرورته وما إذا كان لازماً أو غير لازم، باعتبار أن كل ذلك من عناصر الملاءمة التي تستقل سلطة التشريع بتقديرها.

ومع ذلك فإن أدنى تأمل لواقع الرقابة التي يمارسها القضاء الدستوري يكشف لنا بجلاء، أن القضاء كثيراً ما يخرج عن حدود الالتزام بهذه الضوابط، ويمارس عملاً رقابة حقيقية على ملاءمة التشريع، على النحو الذي يمكن معه القول بأن الرقابة الدستورية لم تعد تقف عن حد المقابلة الحرفية بين أحكام الدستور والنصوص التشريعية المطعون فيها، وإنما تجاوزتها إلى بسط رقابة مباشرة على ذات التقدير الذي يجريه المشرع، كما أن تحديد مدي موافقة التشريع المطعون فيه لأحكام الدستور لم يعد وفقاً على الاعتبارات القانونية وحدها، بل هو نتاج لاعتبارات المشروعية والملاءمة معاً.

رقابة الملاءمة حقيقة واقعة في قضاء الدستورية:-

والواقع أننا لا نري في نظامنا القانوني ما يحول دون قيام القاضي الدستوري وممارسة رقابته على الملاءمة، كما أننا لا نري ثمة وجود لما يثيره الفقه من اعتراض على هذا التقدير يقوم بإحلال نفسه محل المشرع ويمارس بدلاً منه سلطته في مؤداه أن رقابة الملاءمة وما يستتبعها من رقابة على سلطة المشرع التقديرية تمثل إفتئاتاً على استقلال سلطة التشريع المقرر لها بمقتضي مبدأ الفصل بين السلطات، بمقولة أن القاضي في رقابته على سلطة المشرع التقديرية إنما يقوم بإحلال تقديره الشخصي محل تقدير المشرع، أو أنه في رقابته على هذا التقدير يقوم بإحلال نفسه محل المشرع ويمارس بدلاً منه سلطته في التشريع(١)، فهذا الاعتراض المشروع ودور القاضي في الرقابة على هذا التقدير إنما يدخل في إطار وظيفته الأصلية في حماية الدستور وصون أحكامه(٢).

ولهذا فإن سلطة القاضي الدستوري في مجال رقابة الدستورية تنحصر في احد أمرين إما الحكم بدستورية التشريع المطعون فيه إذا ما تبين له موافقته لأحكام الدستور، أو الحكم بعدم دستوريته إذا كان مخالفاً لها، دون أن تكون له سلطة تصحيحه أو تعديله على النحو الذي يجعله موافقاً للأحكام الدستورية، فالقاضي الدستوري لا يحل نفسه إذن محل المشرع من خلال ما يباشره من

---

(١) د. على السيد الباز: المرجع السابق ص ٢٠٣، ٢٠٤، د. محمد عبدالعال السناري: المرجع السابق ص ٢٢٣ ، وأنظر أيضا د. سامي جمال الدين : المرجع السابق ص ٣١٢.

(٢) وتوضيحا لهذا المعني يقول الأستاذ chevalier بمناسبة الرقابة على أعمال الإدارة "إن القاضي في رقابته على الملاءمة لا يحل نفسه محل الإدارة، وإنما يحل تقديراته الشخصية لملاءمة التصرف في هذا المعني أو ذلك محل تقديرات الإدارة، فالإحلال هنا ينصب على تقدير ملاءمة التصرف لا على التصرف ذاته، وهو إحلال لا يتعارض مع وظيفة القاضي في رقابته على أعمال الإدارة، وما يمارسه القاضي بصفة يومية في تقديره لمشروعية قرارات الإدارة المطعون فيها بالإلغاء. د. زكي محمد النجار المرجع السابق ص ٣٥٨.

رقابة على التقدير الذي يجريه هذا الأخير، وإنما يكون هناك إحلال حقيقي من القاضي لنفسه محل المشرع، وهو ما يمتنع عليه طبقاً لمبدأ الفصل بين السلطات إذا ما انصب هذا الإحلال على التشريع المطعون فيه بأن قام القاضي بإدخال شيء من التعديل على مضمون التشريع مع الإبقاء عليه، ففي هذه الحالات يضع القاضي نفسه بالفعل محل المشرع ويشرع بدلاً منه وعندئذ يصدق القول بأن القاضي الدستوري قد تجاوز حدود اختصاصه أو أنه قد اعتدي على ما تتمتع به السلطة التشريعية من استقلال وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات.

وإذا كان المشرع الدستوري عادة يحرص على تخويل المشرع العادي سلطة تقديرية واسعة في مجال تنظيم الحقوق، فإن هذه السلطة التقديرية – مهما بلغ اتساعها ليست بالسلطة المطلقة التي تخول له الحق في إصدار أي قاعدة قانونية في ظل أية ظروف ومن أجل تحقيق أية أهداف حتى وأن كان التشريع غير ملائم أو لا يحقق اعتبارات الصالح العام، وإنما على العكس من ذلك فإن المشرع الدستوري يقدر في مثل هذه الحالات أن تنظيم هذا الموضوع أو ذاك تشريعياً يقتضي منح المشرع قدراً من الحرية حتى يتسنى له المفاضلة بين بدائل أو خيارات موضوعية بالنسبة للتنظيم التشريعي الذي يبتغيه دون أن يفرض عليه طريقاً معيناً يجب عليه إتباعه أو توجيها محدداً يتعين عليه التزامه، وذلك حتى يأتي التشريع أكثر ملاءمة للظروف التي صدر فيها، ولا شك أن هذا الهدف لا يمكن تحقيقه إذا ما تركنا للمشرع هذه السلطة وما تنطوي عليه من حرية يعمل بمقتضاها بعيداً عن الدستور ليستخدمها كيفما شاء، ومن أجل ما يرغب في تحقيقه من أهداف دون رقابة حقيقية يقوم بها القاضي الدستوري على نحو يكفل التزام المشرع بالقيود التي يفرضها عليه الدستور.

والواقع أن العدالة الدستورية ليست معصوبة العينين على النحو الذي تكون فيه وظيفة القاضي الدستوري مقصورة على مجرد المقابلة بين النص التشريعي المطعون فيه وأحكام الدستور، إذ لو كان الأمر بهذه البساطة لما

كانت هناك أدي حاجة على إنشاء جهاز قضائي متخصص في الرقابة على الدستورية، بل إن جهاز الحاسب الآلي يمكنه أن يقوم بهذه المهمة فيما لو تمت برمجته على نحو معين، وفي هذه الحالة لا تثور مسألة الملاءمة أصلاً لا بالنسبة للمشرع ولا بالنسبة للقاضي فكلاهما لا يتمتع بأي قدر من حرية التقدير، لا المشرع ابتداء عند إقراره للتشريع ولا القاضي الدستوري حينما يباشر رقابته الدستورية بالنسبة للمخالفات المستترة التي تتخفي وراء ظاهرة النصوص وتقتضي من القاضي الدستوري التجاوز عن ظاهرة النصوص وأن يسبر غورها حتى يتسنى له الوقوف على حقيقة مضمونها، والكشف عن مدي موافقة أو مخالفة النص التشريعي المطعون فيه لأحكام الدستور، وتلك مهمة لن يتسنى للقاضي الدستوري القيام بها إلا إذا أعمل تقديراته الخاصة وأحلها محل تقديرات المشرع ووضع نفسه موضعه دون أن ينطوي هذا العمل من جانبه على أي تجاوز منه لحدود وظيفته القضائية في حماية أحكام الدستور.

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن رقابة الملاءمة ليست بالرقابة التحكيمية أو المزاجية التي يستند فيها القضاء الدستوري عند ممارسته لها إلى معتقداته وتوجيهاته الخاصة التي قد تتعارض مع معتقدات الشرع وتوجيهاته ، وإنما مرجعيته في ممارستها إلى أحكام الدستور وما يكفله من حقوق وحريات، واستنادا إلى هذه الأحكام يزن القاضي الدستوري الوسائل التي يختارها المشرع لبلوغ أهدافه[1].

---

(١) ويضيف الأستاذ روسو أن المجلس الدستوري الفرنسي حال ممارسته لرقابة الملاءمة فإنه يجري عملية عقلية تتماثل في طبيعتها مع تلك التي أجراها المشرع من قبل وأنه لا يحل تقديره محل تقدير المشرع، فإذا قرر المجلس عدم ملاءمة بعض الوسائل التي لجأ إليها المشرع بالنسبة للأهداف التي يسعي إلى تحقيقها فإن المجلس يهدف إلى إعادة المناقشات والمداولات البرلمانية بحيث يكون على البرلمان ضرورة البحث عن الوسائل المناسبة والكفيلة باحترام الدستور، وبهذه المثابة يستطيع المجلس الدستوري من خلال رقابته الملائمة وتبادل الآراء مع البرلمان من خلال تضمين أسباب حكمه بعض الإيضاحات بشان تحديد الوسائل الملائمة، على أن القرار يصدر في النهاية من البرلمان ومن ذلك ما قضي به المجلس في قراره رقم ٣٢٦ ـ ٩٣ الصادر في أغسطس

فإذا تجنبنا هذه الاعتبارات النظرية التي يمكن الارتكاز عليها في تبرير الرقابة القضائية على الملاءمة جانباً، فإن واقع الرقابة التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا يشهد حقاً وصدقاً أن المحكمة تمارس عملاً رقابة صريحة ومباشرة على الملاءمة ، وذلك في العديد من مجالات التشريع، على الرغم مما تردده المحكمة بمناسبة وبغير مناسبة من أن الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ومن ثم كان من المفترض أن تخرج إعمالاً لهذا الأصل – من نطاق الرقابة القضائية.

وقد سبق وعرضنا لهذه التطبيقات في نطاق إستعراضنا لآراء الفقهاء والقضاء الدستوري في خصوص عيب الغلط البين في نطاق القضاء الدستوري[1].

وفي تبريره لنظرية المحكمة الدستورية العليا في رقابة الغلط البين ذهب أحد الفقهاء في تحليل رائع ودقيق يبرز دور المحكمة في رقابة ملائمة التشريع بواعثه [2]:-

---

١٩٩٣ من أن المشرع وأن كان باستطاعته أن يضع تحت مراقبة الشرطة الحدث الذي يقل عمره عن ثلاثة عشر عاماً، إلا أن الوسائل المستخدمة لتحقيق هذا الغرض تعتبر غير مناسبة لتجاهلها أحكام المادة التاسعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩.

وفي الاتجاه ذاته يقرر الأستاذ ليوشار في مقاله السابق عن المجلس الدستوري وحكومة القضاء ص ٢٩ أن القاضي الدستوري يباشر رقابة حقيقية على الملائمة في الأحوال التي تكون فيها شرطاً لدستورية التشريع وذلك من خلال بعض التقنيات التي يستخدمها المجلس الدستوري كالخطأ البين في التقدير أو القرارات التفسيرية أو المطابقة بشرط.

(١) د. زكي محمد النجار والمرجع السابق ص ١١٠ أنظر عرضنا السابق في هذا المؤلف وأنظر عرضنا لقضاء الملائمة في مؤلفنا الدفوع في نطاق القانون العام ص ٤ وأنظر تحليل د. ثروت عبدالعال المرجع السابق ص ١٢٠.

(٢) د. زكي محمد النجار المرجع السابق ص ٣٤٠.

أولاً:- في ضرورة رقابة السلطة التقديرية للمشرع:

إذا كان العلامة ديجي Duguit قد انتهي إلى أن كل اختصاصات الإدارة هي اختصاصات مقيدة بأهداف القانون، ويخضع رجل الإدارة في مباشرتها لمبدأ الشرعية(١).

فإننا نقرر – أيضاً – أن كل اختصاصات المشرع (في مجال التشريع) هي اختصاصات مقيدة بأهداف الدستور، ويخضع المشرع في مباشرة سلطاته لمبدأ الدستورية.

بيد أن هذا القول لا يعني إنكار ل نشاط أو اختصاص تقديري للمشرع في مجال مباشرة اختصاصاته التشريعية، لأن المشرع يجب أن يكون له – دائماً – شيء من حرية التقدير، وهذا ما يطلق عليه السلطة التقديرية للمشرع، مع ملاحظة أن ذلك لا يعني أن للمشرع أن يقدر بغير تحفظ أو مراجعة الهدف من وراء التشريع، فهذا ما لا ينبغي أن يكون.

فالاعتراف بالسلطة التقديرية للمشرع، لا يعني الاعتراف له بسلطة استبدادية تحكمية، لا تخضع لأية رقابة ، فهذه السلطة – على ما قدمنا – لا وجود لها، ولا يمكن الاعتراف بها لأي جهة، ولا للمشرع ذاته ولا للأفراد في تنظيم علاقاتهم الخاصة.

وخضوع المشرع لرقابة الدستورية، وهو بصدد ممارسة سلطة تقديرية في مجال التشريع، لا ينال شيئاً من هذه السلطة، بل على العكس يبرز بوضوح مدي التوافق الكامل بين اكتساب جهة ما سلطة تقديرية في مباشرة نشاطها، وبين ضرورة أن يتم هذا النشاط في حدود الشرعية ومبدأ سيادة القانون(٢):

---

(١) Duguit: Traité de droit constiutionnel, ٣ e éd ., ١٩٢٦ T.H, p ٣٩٠ ets.

(٢) راجع د. سمير تناغو : القرار الإداري كمصدر للحق، الإسكندرية سنة ١٩٧٢، ص ٢١.

ثانياً:- تفرقة جوهرية بين صور ثلاث:

يجري الفقه على الربط بين رقابة ملاءمة التشريع المطعون فيه، أو بحث ضرورته، أو التنقيب عن البواعث التي قد تدفع المشرع إلى إصداره، وكأنها حالات متساوية فيما يتعلق بحظر الرقابة الدستورية عليها.

بيد أن الأمر ليس كذلك ، فثمة تفرقة بين هذه الصور الثلاث، ومن ثم يحتاج الأمر إلى ضبط للوقوف على أوجه التمايز بين هذه الصور، إذ المؤكد أنها لا تمثل حالات متساوية في مجال حظر الرقابة الدستورية عليها.

فإذا كانت مسألة ضرورة التشريع أو عدم ضرورته مسألة يترخص فيها المشرع دون أدني قدر من الرقابة، باعتبارها لا تعدو ترخصاً للمشرع في التدخل لتنظيم موضوع ما. فإذا قدر المشرع أن الضرورة تقتضي منه التدخل فوراً لتنظيم موضوع ما، تدخل، كما أن له أن يستمهل الفرصة فلا يسبق الحوادث ولا يتعجل بل هو يتربص حتى تقوم – في نظره – الضرورة لممارسة تقديره – إذا قدر لهذه الضرورة أن تقوم – فيعمد عندئذ إلى إصدار التشريع الذي ينظم المسألة، وبمعني آخر، تعني ضرورة التشريع ترخص المشرع في أن يصدر في الوقت المناسب التشريع المناسب الذي يراه لازماً لتنظيم مسألة ما.

أما إذا تدخل المشرع وسن تشريعه الذي ينظم مسألة ما، فإن تقديره في المفاضلة بين البدائل المختلفة واختياره إحداها، يخضع للرقابة الدستورية، للوقوف على مدي تحقيق الحل الذي اختاره المشرع للمصلحة العامة، ومدي وفاءه للمتطلبات التي تقتضيها المصلحة العامة في خصوص الموضوع الذي تناوله بالتنظيم، وتلك هي منطقة رقابة الغلط البين في التقدير على نحو ما بَينا آنفاً.

فرقابة الغلط البين لا علاقة لها بمدي ضرورة أو عدم ضرورة التشريع، ولكنها تأتي لاحقة على تدخل المشرع بالتنظيم لمسألة ما ، إذا رأي ثمة ضرر للتدخل لتنظيمها.

ونؤكد أنه حتى لو استهدف المشرع تحقيق غايات الصالح العام، فإن تشريعه يكون معيباً للغلط البين في التقدير، إذا تبين وكان ظاهراً ومؤداً أن الغايات التي استهدفها أدني في أولويات الرعاية من غايات قومية أسمي وأجدر بالرعاية (أبرز مثال لهذه الصورة لقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٦ بشأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الصادرة بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ ــ على ما سنري-) وما رأيناه في رقابة التناسب.

ويلاحظ أنه إذا وقع على المشرع التزام بالتدخل لتنظيم موضوع ما خاصة إذا تعلق ذلك الموضوع بالحقوق والحريات العامة، فإنه (أي المشرع) هو الذي يقدر وقت التدخل ــ حتى ولو كان ملزماً بذلك ــ ولا يمكن الطعن على عدم تدخله بإصدار تشريع ينظم مسألة ما، يفرض عليه الدستور تنظيمها، على غرار ما تعرفه فكرة القرار السلبي في قضاء المشروعية. وفي هذه الحدود يتعين الوقوف على معني ضرورة التشريع أو عدم ضرورته (التي تخرج من نطاق الرقابة).

تساؤل هام:-

على أنه ثمة تساؤل هام يثور حول الأثر المترتب على عدم تدخل المشرع بتنظيم حرية ما على التمتع بهذه الحرية، فهل عدم تدخل المشرع بتنظيم حرية ما ــ استنادا إلى تفويض الدستور له في تنظيمها، أو تنظيمه لها بداءة ــ يعني تعطيل التمتع بهذه الحرية؟

المقطوع به أن الحريات العامة إذا أجاز الدستور تقييدها لا تقيد إلا بتشريع ، وهذا هو المبدأ الذي انعقد عليه اجتماع رجال الفقه الدستوري والقضاء، فضمانات الحقوق هي نصوص دستورية تكفل للأفراد تمتعهم بالحقوق الفردية ، وهي تسمو إلى مرتبة القوانين الدستورية، فتكون معصومة لا سلطان للمشرع عليها إلا إذا أجاز الدستور تنظيمها بنص خاص[1]. وفي هذه

---

(١) محكمة القضاء الإداري ، جلسة ١٩٥١/٥/٢٦، س ٥ قاعدة رقم ١٣٥٧، وحكم ذات المحكمة جلسة ١٩٥١/٣/٨، س ٥ قاعدة رقم ١٦٤.

الحالة يتعين أن تكون القيود التي ترد عليها قيوداً تقررها القوانين.

وعليه إذا لم يتدخل المشرع لتنظيم حق أو حرية نص عليها دستورياً، ولكن خول مكنة تنظيمها بتشريع عادي، فإن الحرية تكون إذاً بحسب ما أريد وعبرت عنه نصوص الدستور، ولكن إزاء سكوت المشرع عن تنظيمها فإنه إذا انحاز الحق (أو الحرية) بمعناه ومؤداه إلى رواق النصوص كان حكمه حكم ما نص عليه وجوباً أو جوازاً أو تحريماً، أو إشارة أو دلالة أو اقتضاء أو قياساً، كان المرجع إلى الأصل وهو الإباحة في حدود ضوابط القانون العام، وهو هنا قانون العقوبات.

وتطبيقاً لذلك فقد قضي بإلغاء القرار الصادر من مجلس الوزراء في ١٩٥١/١/٢٨ بإلغاء جريدة مصر الفتاة، تأسيساً على أن المادة ١٥ من الدستور (دستور ١٩٢٣) لا تجيز للإدارة مصادرة الصحف قبل صدور تشريع ينظم هذه المصادرة الإدارية، إذ لا يجوز للحكومة قبل صدور التشريع الذي ينظم حرية الصحافة أن تعطل الصحف تعطيلاً إدارياً[1].

والمعلوم أن نص المادة ١٥ من دستور سنة ١٩٢٣ (والذي صدر الحكم المشار إليه في ظل العمل به) كانت تنص على "الصحافة حرة في حدود القانون، والرقابة على الصحف محظورة، وإنذار الصحف أو وقفها أو إلغاؤها بالطريق الإداري محظوراً كذلك إلا إذا كان ذلك ضرورياً لوقاية النظام الاجتماعي".

ففي هذا الحكم قررت المحكمة أن الحرية الشخصية هي ملاك الحياة الإنسانية كلها، ولا تخلقها الشرائع بل تنظيمها ، ولا توجدها القوانين بل توفق بين شتى مناحيها ومختلف توجيهاتها تحقيقاً للخير المشترك للجماعة، ورعاية للصالح العام/ فهي لا تتقبل من القيود إلا ما كان هادفاً إلى هذه الغاية مستوجباً تلك الأغراض.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٥٨٧ لسنة ٥ ق في ١٩٥١/٦/٢٦ مج السنة /٥ ص ١٠٩٩ وما بعدها.

فالقاعدة هي تحريم إنذار الصحف أو وقفها أو إلغاؤها بالطريق الإداري تحريما مطلقاً، فيما عدا حالة واحدة هي حالة ما إذا كان الإنذار أو الوقف أو الإلغاء ضرورياً لوقاية النظام الاجتماعي، ومن ثم فقد انتقلت هذه الحالة بمقتضي هذا الاستثناء من المنطقة التي أطلقت فيها الحرية إطلاقاً يستعصي على أي تقييد حتى عن طريق التشريع إلى المنطقة التي يجوز فيها تنظيم حرية الصحافة، ولكن عن طريق تشريع يقره البرلمان.

ومؤدي ذلك أنه لا يجوز دستورياً إلغاء الصحف بالطريق الإداري قبل أن يصدر التشريع الذي ينظم هذا الإجراء، وأن الاستثناء الذي أضافته اللجنة التشريعية هو خطاب من الدستور إلى المشرع لا إلى الإدارة، وقد قصد به تمكين المشرع من أن يصدر في الوقت المناسب التشريع المناسب لمناهضة الدعايات التي تهاجم أسس النظام الاجتماعي.

وفي ذلك قالت المحكمة: "ولو أن المادة ١٥ من الدستور تجيز للإدارة مباشرة ومن غير تشريع تعطيل الصحف لوقاية النظام الاجتماعي، لما اعتبر تعطيل الصحف بالطريق الإداري ملغي تماماً بإلغاء المادة ١٣ من قانون سنة ١٨٨١ ، ولبقي الطريق الإداري مفتوحاً في حدود وقاية النظام الاجتماعي، بل ولترتب على هذا النظر نتيجة شاذة لا يمكن التسليم بها، إذ يصبح جواز إلغاء الصحف إدارياً لوقاية النظام الاجتماعي حكماً دستورياً لا يجوز مخالفته بتشريع.

وهكذا تنقلب الرخصة في يد المشرع إلى فرض واجب عليه، فتستوي الرخصة والعزيمة، ولا يستطيع أحد أن يقول برأي ينطوي على هذا القدر من الشذوذ.

وحيث أن المشرع المصري في التشريعات التي أصدرها بعد صدور الدستور لتنظيم حرية الصحافة لم يشأ – حتى اليوم – أن يترخص فيما رخص له فيه الدستور من إصدار تشريع يجيز المصادرة الإدارية للصحف المصرية

لضرورة يقتضيها رقابة النظام الاجتماعي، وهذا هو عين ما فعله في قانون الاجتماعات ، فلم يقرر أي تدبير إداري يتخذ لوقاية النظام الاجتماعي، بل ترك الأمر في هذا كله للقانون العام وهو قانون العقوبات، وحيث أن قانون العقوبات قد كفل فعلاً في كثير من نصوصه وقاية النظام الاجتماعي... فأصبح للقضاء الجنائي وحده الكلمة الفاصلة فيما نسب إليه (إلى المدعي) أما المصادرة الإدارية لجريدة مصر الفتاة قبل أن يصدر تشريع ينظم هذه المصادرة على النحو السابق بيانه ففيها مخالفة للدستور"(١).

وعن مدي رقابة البواعث التي قد تدفع المشرع إلى إصدار تشريع ما، فقد انتهينا إلى وجوب هذه الرقابة، إذ يراقب القضاء الدستوري الشروط الواجب توافرها في سبب التشريع وقد أجملناها في ستة شروط هي:-

أن يكون السبب حقيقياً، وألا يكون وهمياً أو صورياً، وأن يكون صميماً ، مستخلصاً استخلاصا سائغاً من أصول ثابتة تنتجه، وأخيراً أن يكون السبب دستورياً أي متفقاً وأحكام الدستور ومبادئه العليا (حسبما يستفاد ذلك كله من الأعمال التحضيرية والمذكرة الإيضاحية للتشريع) فتخلف شرط أو أكثر من هذه الشروط يغدو معه التشريع غير دستوري متعيناً إلغاؤه – على ما قدمناه.

ولا يمكن التسليم بما ذهب إليه بعض الفقه في تصورهم أن التوسع في نطاق الرقابة على الدستور يتنافي مع طبيعة هيئة الرقابة، ومن ثم يذهبون إلى ضرورة الوقوف في حدود هذه الرقابة عند حدود المشروعية الدستورية.

هذا التصور لا يمكن قبوله، كما لا يسانده مسلك القضاء الدستوري في كل من فرنسا ومصر، إذ يبين من قضاء كل من المجلس الدستوري الفرنسي والمحكمة الدستورية العليا (في مصر) أن التوسع في الرقابة على الدستورية، والأخذ بفكرة الغلط البين في التقدير في المجال الدستوري – على ما قدمنا ونحن بصدد تحليلنا للفكرة قانونياً وإستراتيجياً – يعد جزءاً لا يتجزأ في مهمة

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٥١/٦/٢٦، سابق الإشارة إليه.

هيئة الرقابة على الدستورية، وأن مثل هذا التوسع يعد ضرورة حتمية، من غير الموفق عدم ظهورها في الحياة القانونية، كما ذهب إلى ذلك – وبحق ريلز.

أضف إلى ذلك أن النظم القانونية المختلفة مهما تباعدت في أسسها النظرية وفي المبادئ التي تصدر عنها، فإن الحاجات العملية المتشابهة لا تلبث أن تقرب بينهما ، وأن تدفعها إلى حلول جزئية متشابهة أو متماثلة[١].

يشهد بذلك ما نراه من إخراج أعمال السيادة من نطاق الرقابة الدستورية في أمريكا وفرنسا وإنجلترا ومصر، ويشهد بذلك أيضاً التوسع في نطاق الرقابة الدستورية في كل من فرنسا وألمانيا وإيطاليا وأمريكا.

ويذهب جانب كبير من الفقه الفرنسي إلى أن رقابة الخطأ البين تعتبر وسيلة الرقابة الطبيعية تعتبر وسيلة الرقابة الطبيعية والفعالة التي يمارسها المجلس الدستوري بصدد دستورية القوانين، كما أنها أداته لارتياد مجال الملاءمة أي مجال الرقابة على ملاءمة الاختيارات التي رجيها المشرع . فمع وسيلة الخطأ البين يحوز المجلس الدستوري وسيلة رقابية فعالة ومؤثرة تسمح له بتقدير الطابع الملائم والمعقول للاختيارات التي يجريها المشرع، بما يحقق أكبر قدر من الحماية للحقوق والحريات والأساسية، فضلاً عن كونها تسمح بتقييد المشرع ببعض القيود والضوابط التي تعمل على كفالة نوع من التوازن بين الحقوق والحريات الدستورية من ناحية ، ومقتضيات الصالح العام من ناحية أخري[٢].

ويتبين مما سبق وعرضناه من أجكام المحكمة الدستورية العليا حول حق الحاضنة وكذلك العلاقة بين المالك والمستأجر مدي تدخل المحكمة في ملائمة التشريع.

---

(١) أحمد كمال أبو المجد: الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص ٤٧٩.

(٢) ما جاء بالبند هو نقلاً من د. شعبان أحمد رمضان رسالته ضوابط وأثار الرقابة على دستورية القوانين دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٠ ص ٥٠١.

وتأسيساً على أن الأحكام المشار إليها تمثل خروجاً للمحكمة من دائرة رقابة الدستورية ودخولها إلى دائرة رقابة ملائمة التشريعات فقد ذهب بعض الفقه إلى أن مسلك المحكمة المتقدم ذكره يمكن أن نستخلص منه أمرين:-

الأمر الأول:- أن المحكمة قد شيدت بناء قانونياً ، ودستورياً شديد التماسك لتتمكن من مواجهة هذا التناقض البين بين مصالح المؤجرين، والمستأجرين مستخدمة فيه كل ما امتد إليه نظرها من المبادئ القانونية، وفي مقدمتها ضرورة احترام حقوق الملكية الخاصة التي كفلها الدستور، وضرورة احترام المصدر التعاقدي لحقوق كل من المستأجرين، والمؤجرين، وطبيعة التأقيت الملازم لعقد الإجارة في القانون، وفي الشريعة الإسلامية على السواء. وفوق هذا كله، وقبله أن السلطة التقديرية للمشرع في مثل هذه الأمور، لا يمكن أن تغل يد المحكمة عن بسط رقابتها على ممارسة تلك السلطة.

الأمر الثاني:- أن هذا القضاء يمثل رجعة للدعوات التي ارتفعت منذ سنوات قليلة منادية بوضع قيود على سلطة المحكمة، من شأن الأخذ بها أن تتراجع الفرص الحقيقية لحماية الشرعية الدستورية، وتتراجع معها فرص حماية سائر الحقوق والحريات التي قررتها نصوص الدستور[١].

وفي تقييمه لهذه الرقابة ذهب أحد كبار الفقهاء[٢] إلى:-

الواقع أن امتداد الرقابة على دستورية القوانين التي تباشرها المحاكم الدستورية إلى نطاق رقابة الملاءمة، وتقصي ما إذا كان الحل الذي اختاره المشرع يتناسب مع احتياجات المجتمع أم لا، يعني بكل بساطة ، أن القاضي

---

(١) حول تقييم مسلك المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن يراجع د. أحمد كمال أبو المجد – دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر – مجلة الدستورية – بحث سبق ذكره – ص ١٤ . وأنظر د. محمود أحمد زكي الحكم الصادر في الدعوى الدستورية وآثاره سنة ٢٠٠٣ ص ٤٠٢

(٢) أ. د. عادل الطبطبائي الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية دراسة مقارنة ص ٥٠٠.

الدستوري أحل إرادته مع إرادة السلطة التشريعية في اختياره الحل الذي يراه مناسباً. وبذلك يقوم بمهمة التشريع من خلال منصة القضاء. ولا يمكن الاعتداد بما ذهب إليه الرأي المؤيد لرقابة السلطة التقديرية للمشرع، بأن القاضي الدستوري لا يقوم بمهمة المشرع هنا، إذ من الواضح أنه يقوم بهذا بالفعل ، وإلا كيف نفسر حكمه بعدم دستورية القانون لمجرد أن الحل الذي اختاره المشرع لم يعجب القاضي الدستوري، إذ يري فيه حلاً لا يتفق مع احتياجات المجتمع المتطورة. فإذا كان الحل الذي اختاره المشرع لا يتفق مع ما تراه إحدى المحاكم الدستورية في وقت ما، أفلا يكون من الممكن أن تراه محكمة أخري، في وقت آخر ملائماً ومتسقاً مع احتياجات المجتمع، ثم ألا يحق لنا التساؤل عن المعيار الذي يمكن تبنيه من قبل القضاء لما هو متفق أو غير متفق من حلول مع احتياجات المجتمع، ألا يقوم القضاء. في هذه الحالة، بفرض رأيه الشخصي، وتقديره الخاص، بدلاً من تقدير المشرع الذي يشكل جوهر السياسة التشريعية.

والواقع أن أنصار الرأي المؤيد للرقابة على السلطة التقديرية للمشرع يقعون في تناقض عندما يقررون أن هذه الرقابة لا تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات لأنها تستهدف التأكد من سلامة الحل الذي اختاره المشرع، في حين يعود أنصار هذا الرأي إلى القول أن المحكمة التي تباشر هذه الرقابة تبدو كسلطة مشرعة تتحدد من خلال رقابة الخطأ البين في التقدير والتي تتم من خلال التفسير الدستوري. إذ طالما يعترف أنصار هذا الاتجاه، بأن المحكمة التي تتولي الرقابة تبدو كسلطة مشروعة، فإن ذلك يعني تدخل القاضي في الوظيفة الأساسية للمشرع، مما يعتبر انتهاكا صريحاً لمبدأ الفصل بين السلطات

أما ما ذهب إليه أنصار الرقابة على ملاءمة التشريع من ضرورة التوسع في الرقابة الدستورية، واعتبار ذلك ضمانة من ضمانات الحقوق والحريات، فإن ذلك مردود عليه بالقول إن التوسع في الرقابة على الدستورية، وإن غلفت بغلاف جميل وجذاب ألا وهو ضمانة الحقوق والحريات. إلا أن مخاطره أكبر

وأوسع ، إذ قد يؤدي هذا التوسع إلى أن تنصب المحكمة التي تراقب الدستورية من نفسها حاكماً أعلي على كل السلطات، ويتحول النظام الدستوري إلى نظام حكومة القضاء، مع ما يرافق ذلك من عدم استقرار دستوري، واضطراب في العلاقة بين السلطتين التشريعية والقضائية، وهو أمر شاهدنا له أمثلة حية في الولايات المتحدة الأمريكية، كما رأينا كيف حاول، ويحاول المشرع المصري من تضييق اختصاص المحكمة الدستورية العليا كردة فعل على توسعها المطرد في أعمال الرقابة على ملاءمة التشريع، وهو توسع غير محمود دون شك.

واخيرا لا يمكن التسليم بما يذهب إليه أنصار هذا الاتجاه من قول بأن رقابة الخطأ البين في التقدير يجب أن تفهم على أنها ليست رقابة على التكييف القانوني للأسباب، وإنما هي رقابة الملائمة بين اختيار الحلول من المشرع، واللجوء إلى هذه الرقابة يكون حيث يؤدي تدخل المشرع إلى المساس بمبدأ دستوري، وإلا فإنه لا يجوز للقاضي الدستوري أن يحل تقديره محل تقدير المشرع[1]، ذلك لأن المشرع مدعو إلى احترام نصوص وأحكام الدستور، وهو عندما يقرر حلاً معيناً عند سنه للتشريع، فيجب عليه ألا يخالف هذه النصوص وتلك الأحكام، وإلا اعتبر ما انتهي إليه مخالفاً للدستور، دون حاجة لبحث مدي ملاءمة هذا الحل لمصالح المجتمع ومتقصياته، وبعبارة أخري أن القول بأن الحل الذي اختاره المشرع يتصادم مع مبدأ دستوري يكفي – بنظرنا – للحكم بعدم الدستورية . فعندما يقرر المشرع المساح للإدارة بمصادرة البضائع المهربة، يصطدم هذا النص مع المبدأ الدستوري القاضي بعدم جواز المصادرة إلا بحكم قضائي، وعندما يقرر المشرع تفضيل جماعة من الموظفين على أخري، مع أنهما تقعان في طائفة واحدة، فلا شك أنه يخالف مبدأ المساواة. وفي كل هذه الحالات يمكن للقاضي الدستوري أن يقرر عدم دستورية القانون، دون حاجة لبحث مدي ملاءمة الحل الذي اختاره المشرع.

---

(١) أنظر في هذا الاتجاه:-

- د. زكى النجار المرجع السابق، ص ٢٤١.
- د. محمد عبداللطيف ، المرجع السابق، ص ١٩٨ – ١٩٩.

ولذلك نعتقد أن ما ذهب إليه أنصار هذا الاتجاه من حق القضاء الدستوري بالرقابة على الحل الذي اختاره المشرع طالما اصطدم بمبدأ دستوري يحمل معاول هدمه بيده، إذ طالما كانت هناك مخالفة لمبدأ دستوري فيما قرره المشرع. فيكفي للحكم بعدم الدستورية دون حاجة للبحث في مدي ملاءمة ذلك لاحتياجات المجتمع.

ولا شك أن نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، أو فكرة التناسب، تحمل مخاطر شتي على النظام القانوني في الدولة ككل ، وذلك يعود إلى أن القاضي الدستوري بممارسته الرقابة على الدستورية استنادا إلى هذه الأفكار، إنما يقوم بعملية سياسية لا تخلو من فرض أفكاره الخاصة، وتقديراته الشخصية، ومحاولة دمجها في النظام القانوني.

ومن الجدير بالإشارة إليه، أن طبيعة عمل القاضي تتضمن بالضرورة حد أدني من حرية التصرف، أو سلطة التقدير، لكي يقوم بمهمته في تطبيق القوانين. ولكن حدود هذه السلطة التقديرية تعود إلى شخصية القاضي نفسه، فهو الذي يقرر حدود اتساعها ومداها، أو يقرر الامتناع عن مباشرتها. ولا شك أن نظرية الخطأ في التقدير تزود القاضي بالوسائل اللازمة لمباشرة هذه السلطة التقديرية. فإذا ما أخذنا بنظر الاعتبار في مجال الرقابة على الدستورية، أن القاضي الدستوري يقرر بنفسه القواعد والأسس التي يصدر أحكامها بموجبها، لاكتشفنا بسهولة مدي خطورة السلطة التقديرية التي يملكها. صحيح أن القاضي الدستوري يقوم بعملية موازنة بين المزايا التي تنتج عن مباشرته لهذه السلطة، والأضرار أو العقبات الناتجة عنها، إلا أن رقابة التناسب تزوده بطرق ممارسته لهذه السلطة. وإذا كان يحرص أن تكون رقابته في حدود الدنيا بنطاق التناسب بين القاعدة القانونية التي يقررها المشرع والأهداف التي يسعي إلى تحقيقها، إلا أنه لا شيء يضمن أن يمد القاضي الدستوري نطاق رقابته هذه إلى حدودها القصوى، ويحل بإرادته وأفكاره وتقديراته محل المشرع العادي

واختياراته، الأمر الذي سيقودنا مرة أخري إلى ظاهرة حكومة القضاء، ولكن بثوب آخر، وحلة أخري[١].

وما إنتهي إليه الفقيه الكبير هو تخوف يعم سائر الفقهاء في هذا الخصوص إلا أنه لا يمكن منع المحكمة من التطرق إلى هذا النطاق حيث إنه إمتداد طبيعي لعمل القاضي الدستوري مثله في ذلك مثل القاضي الإداري والتخوف الحقيقي من الفقه ينصب على التصادم المتوقع في هذه الحالة بين السلطة التشريعية والسلطة القضائية الممثلة في المحكمة الدستورية العليا وهو تصادم لا يحدثه في مناخ ديمقراطي تسوده ضوابط المشروعية الدستورية وسيادة القانون وهذا المناخ غير متحقق في سائر البلاد العربية بما فيها مصر ويمكن القول بأن تطور رقابة المحكمة الدستورية العليا قد أدت في النهاية إلى المساس بإستقلاليتها بصورة مباشرة بإستخدام السيد رئيس الجمهورية لسلطته في تعيين رئيس للمحكمة من غير أعضائها وهو ما أصاب مكانة المحكمة بكثير من الإضطراب على النحو الذي سنوضحه.

وما سبق يبرز صحة ما سبق وانتهينا إليه من خروج المحكمة على القيود الذاتية التي وضعتها لنفسها[٢] وهذا مدخل هام لتثبيت فكرة الانحراف التشريعي وإبرازها ودفع المحكمة الدستورية العليا إلى تبنيها والعمل بها حيث أن لعيب الانحراف خصائص وضوابط واضحة تجعل المحكمة تلزم بدورها القضائي دون أن تتطرق إلى حلول إرادتها ورؤيتها محل إرادة ورؤية المشرع.

إن ثمة تفرقة بين بواعث التشريع وبين ملائمة التشريع ، وقلنا أن البواعث تندرج في ركن الغاية، ويخضعان كليهما للرقابة على دستورية

---

(١) د. عادل الطبطبائي – المرجع السابق ص ٥٠٦.

(٢) أنظر مؤلفنا الدفوع في نطاق القانون العام ج ٤ ص ٣٥٠.

القوانين، وذلك أن رقابة تحقيق القانون للصالح العام، تدخل في دائرة رقابة الانحراف، وليس في دائرة رقابة الغلط البين في التقدير.

ونشير إلى أن رقابة القضاء الدستوري للانحراف في استعمال السلطة التشريعية، لا تستهدف التثبت موضوعياً من اتجاه المشرع إلى الصالح العام، بل ليتأكد من أن أغراض المشرع الحقيقية لا تتنافى والصالح العام، ومرد ذلك أن فكرة الصالح العام فكرة غامضة ولا يمكن وضع تحديد منضبط لها، ولكن يمكن اكتشاف انتهاكها، ولهذا كان البحث في الغرض الحقيقي للتشريع وغايته هو المحدد لاكتشاف أي انحراف في التشريع، أو عدم اكتشاف ما يشوب هذا التشريع من انحرافات، إذ بظهور الغرض الحقيقي من التشريع تتحدد مدي دستوريته أو عدم دستوريته(١).

وقد ذهب أحد الفقهاء(٢) في تحليله لقضاء المحكمة الدستورية العليا إلى أنه:-

وإذا كان الأصل هو عدم امتداد رقابة القضاء الدستوري إلى فحص البواعث والدوافع التي حملت المشرع على إصدار التشريع إلا أن المحكمة الدستورية المصرية قد أشارت في عدد من أحكامها إلى أن ولايتها في الرقابة على دستورية القوانين تمتد إلى فحص بواعث التشريع للتثبت من أن المشرع قد استهدف من وراء إصداره تحقيق المصلحة العامة، وهو ما يعني أن المحكمة قد أقرت لنفسها بسلطة الرقابة على عيب الانحراف التشريعي، الذي يمس ركن الغاية في التشريع، ويقصد به استهداف المشرع من وراء التشريع غاية تختلف عن المصلحة العامة. ويمكن عرض اتجاهات المحكمة بشأن رقابتها على بواعث التشريع في النقاط الثلاثة الآتية:-

---

(١) د. زكي النجار المرجع السابق ص ٢٢٥.

(٢) د. يسري العصار دور الاعتبارات العليا في القضاء الدستوري دراسة مقارنة سنة ١٩٩٩ دار النهضة العربية ص ١٠٠.

١ - تصدت المحكمة الدستورية ومن قبلها المحكمة العليا في بعض أحكامها، لفحص بواعث التشريع وهي بصدد الرد على الدفوع التي آثارها المدعون في الدعوى الدستورية والتي استندوا فيها إلى أن التشريع المطعون فيه لم يستهدف المشرع من وراء إصداره تحقيق المصلحة العامة مما يصم هذا التشريع بعيب الانحراف. وقد فحصت المحكمة الأهداف التي تغياها المشرع من وراء إصدار التشريع المطعون عليه وانتهت إلى اتفاق هذه الأهداف مع الدستور، ومن ثم قضت برفض الدعوى بعدم دستورية التشريع الخاضع لرقابتها، وعلى الرغم من الحكم برفض الدعوى فإن هذا لا ينفي أن المحكمة قد بسطت رقابتها على عيب الانحراف التشريعي، بل أن الحكم برفض الدعوى القائمة على عيب الانحراف يؤكد أن المحكمة قد مدت رقابتها على بواعث التشريع وأهدافه والدوافع التي حملت المشرع على إصداره ثم خلصت إلي اتفاق هذه البواعث والأهداف مع الدستور، فكان لزاماً عليها أن تقضي برفض الدعوى.

وكان أول الأحكام التي تعرضت لعيب الانحراف التشريعي حكم المحكمة العليا بتاريخ ١٩٧٢/٦/٧ الذي قررت فيه أن النعي على القانون رقم ٦٢٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء قرار وزير التعليم الصادر في ١٩٥٠/١/٢٨ بمعادلة شهادة مدرسة المساحة بشهادة الفنون والصنايع بعيب الانحراف لا يقم على أساس سليم وأسست المحكمة قضاءها على أن الأعمال التحضيرية للتشريع المطعون فيه تبين أن هذا التشريع قد صدر بعد أن قررت لجنة رسمية مشكلة لهذا الغرض عدم صحة الوقائع التي قام عليها قرار وزير التعليم بمعادلة الشهادتين المشار إليها، وقد تبني المشرع النتائج التي وصلت إليها اللجنة[1].

كما بسطت المحكمة الدستورية المصرية رقابتها على عيب الانحراف التشريعي بمناسبة دعوى بعدم دستورية القرار بقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١

(١) صدر هذا الحكم في الدعوى رقم ٢٠ للسنة القضائية الثالثة، مجموعة أحكام المحكمة العليا، الجزء الأول، ص ٣٢٦.

بشأن تأميم بعض الشركات والمنشآت، من بينها الشركة المصرية المتحدة للملاحة البحرية. وقد طعن أصحاب هذه الشركة بعدم دستورية هذا القانون، وأسسوا طعنهم على أنه لم يستهدف الصالح العام. ولكن المحكمة الدستورية قضت بتاريخ ١٩٨٣/٢/٥ بأن هذا الطعن غير سديد لأن المشرع استهدف من وراء هذا القانون، كما يبين من المذكرة الإيضاحية المرفقة به، توسيع قاعدة القطاع العام بحسبانه ضرورة قومية لتوجيه الاقتصاد القومي بما يفيد خطة التنمية ويحشد القوي الفنية والإمكانات المالية اللازمة لها[١].

٢- وفي حكم آخر أصدرته المحكمة الدستورية المصرية بتاريخ ١٩٨١/٥/٩ برفض الطعن بعدم دستورية أحد القوانين الخاصة بالضرائب هو القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٥ تعرضت المحكمة لعيب الانحراف التشريعي الذي كان المدعي قد أسس دعواه على أنه يتوافر في هذا القانون مما يصمه بعدم الدستورية. وقد رفضت المحكمة بانتفاء هذا العيب في القانون. ولكننا نعتقد أن فكرة الانحراف التشريعي التي تتصل بالهدف من إصدار القانون لم تكن قائمة في هذه الدعوى، وإنما كان على المحكمة الاستناد لفكرة عدم التناسب أو الغلو، وهي تتصل بالسلطة التقديرية للمشرع وليس بالهدف من القانون أو الغاية منه، وتفسير ذلك أن الطاعن كان يعيب على هذا القانون أنه قد غالي في سعر الضريبة على شرائح الإيراد العام إلى حد يقرب من مصادرته برفعه إلى ٩٥% على الشريحة الأخيرة للدخل. وقد قدرت المحكمة أن منهج المشرع في تحديد سعر الضريبة لا يؤدي إلى المصادرة ولا يخالف أحكام الدستور، وبناء على ذلك فقد قضت المحكمة بأنه لا وجه للقول بأن المشرع قد انحرف في استعمال سلطته التقديرية[٢]. ونحن نعتقد أن الحكم برفض هذه الدعوى كان يجب أن يستند إلى انتفاء الغلو في استعمال المشرع لسلطته التقديرية، وليس إلى انتفاء الانحراف التشريعي. وقد كانت المحكمة تستطيع تكييف الطعن بعدم

---

(١) الدعوى رقم ١٨ للسنة القضائية الأولي ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية الجزء الثاني، ص ٧٧.

(٢) الدعوى رقم ٦ للسنة القضائية الأولي، المجموعة، الجزء الأول، ص ١٧٩.

الدستورية بأنه يتصل بالسلطة التقديرية للمشرع وليس بالباعث على إصدار التشريع.

٣- وقد قطعت المحكمة الدستورية المصرية شوطاً واسعاً في سبيل بسط رقابتها على عيب الانحراف التشريعي في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٣/١/٢ الذي قضت فيه بعدم دستورية الفقرة الأولي من المادة ٥٦ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٨ فيما قررته من سريان الضريبة على الأرباح التجارية والصناعية بأثر رجعي على تصرفات قانونية تمت اعتبارا من أول يناير ١٩٧٤(١). وأسست المحكمة الدستورية حكمها على جوهر فكرة الانحراف التشريعي دون أن تذكر هذه الفكرة صراحة، وأضافت إلى هذه الفكرة مبادئ أخري مستمدة من نصوص الدستور هي مبدأ الأمن القانوني ومبدأ عدم جواز تجاوز مبلغ الضريبة الحدود المنطقية لتوقعات الأفراد. واعتبرت المحكمة أن هذه المبادئ الثلاثة عناصر يتم بناء عليها تقدير مدي توافر شرط عدالة الضريبة الذي نص عليه دستور ١٩٧١ في مادته الثامن والثلاثين.

وقد بينت المحكمة في حيثيات هذا الحكم أن المشرع يجوز له من حيث المبدأ أن يفرض ضريبة بأثر رجعي، ولكنه يلتزم في هذا الشأن بثلاثة شروط هي: استهداف مصلحة اجتماعية لها وزنها، وعدم الإخلال بالاستقرار أو إهدار الثقة المشروعة في التعامل أو المساس بالحقوق، واحترام مبدأ المساواة وعدم التمييز بين الخاضعين للضريبة.

وبعد ذلك أكدت المحكمة أن الأصل هو أن المشرع يستقل بتقدير البواعث التي تدفع إلى فرض ضريبة من الضرائب. ولكن هذه الضريبة تكون مخالفة للدستور إذا كان الباعث عليها هو تحقيق مصلحة غير مشروعة، أو كانت المصلحة التي استهدف المشرع تحقيقها مشروعة من حيث المبدأ، ولكن

---

(١) صدر هذا الحكم في القضية رقم ٢٣ للسنة القضائية الثانية عشر، الجريدة الرسمية، العدد ٣ في ١٩٩٣/١/٢١.

زالت عنها صفة المشروعية لأن النصوص التي تدخل بها المشرع لإشباع هذه المصلحة تخالف الدستور

وتطبيقاً لذلك فقد قررت المحكمة أن المصلحة التي تغياها المشرع من وراء فرض الضريبة التي يتضمنها القانون المطعون فيه قد انتفت عنها صفة المشروعية، من ناحية لأن المشرع قد قرر سريان الضريبة بأثر رجعي على تصرفات تمت قبل صدور هذا القانون وكان من المستحيل على أطراف هذه التصرفات أن يتوقعوا هذه الضريبة التي باغتهم بها المشرع دون أن يحسبوا لها حساباً، ومن ناحية أخري، لأن مبلغ هذه الضريبة الجديدة يجاوز الحدود المنطقية لتوقعات الممولين الخاضعين لها. ونتيجة كل ذلك فإن الضريبة التي فرضها القانون المطعون فيه تعتبر غير عادلة.

وذلك بالمخالفة لنص المادة ٣٨ من الدستور التي تنص على أن النظام الضريبي يقوم على العدالة الاجتماعية.

يتضح من هذا الحكم أن المحكمة الدستورية المصرية قد بسطت رقابتها على بواعث التشريع وقررت أن المصلحة التي تغياها المشرع من إصدار القانون المطعون فيه قد انتفت عنها صفة المشروعية (وهذا هو جوهر فكرة الانحراف التشريعي) لأن المشرع قد فرض الضريبة التي تضمنها هذا القانون على تصرفات قانونية تمت في الماضي وكان من المستحيل على أطرافها توقع هذه الضريبة من حيث طبيعتها، وكذلك من حيث قيمتها، مما يجعل من هذه الضريبة ضريبة غير عادلة ومخالفة للدستور. وبذلك تكون المحكمة الدستورية قد جمعت بين فكرة الانحراف التشريعي، القائمة على معيار موضوعي وليس ذاتياً، وفكرة الإخلال بالأمن القانوني والتوقع المشروع من جانب المخاطبين بأحكام القانون لكي تحكم بعدم دستورية القانون المعروض عليها. وقد توسعت المحكمة في هذا الحكم في تفسير الدستور حيث أدخلت عناصر متعددة في فكرة

عدالة الضريبة التي تنص عليها المادة ٣٨ من الدستور[١].

وقد رفض أحد كبار[٢] رجال القضاء هذا الفهم وذهب إلى:-

أن المحكمة لم تتبن يوماً فكرة الانحراف التشريعي . نعم أن المحكمة في بعض أحكامها نفت عن التشريع أنه يجافي المصلحة العامة أو أنه لا يحقق مصلحة مشروعة أو أن المشرع انحرف في استعمال سلطته، لكن هذا لا يعني أنها بنفيها فكرة الانحراف التشريعي أنها اعتنقتها. لقد تعرضت لها لأن صاحب الشأن آثارها فرأت أن ترد عليه، لكن هذا لا يعني أنها تعتنق الفكرة. هذا من ناحية ، ومن ناحية أخري فقد كانت هناك حالات تبدو فيها فكرة الانحراف التشريعي جلية واضحة، ومع ذلك تجاهلت المحكمة هذا الوجه من أوجه الطعن وبحثت عن وجه آخر تدين به التشريع وتقضي بعدم دستوريته[٣]، ولو أرادت تبني فكرة الانحراف التشريعي لانتهزت هذه الفرصة وأدانت النص غير الدستوري بهذا العيب. وأخيراً فإنه إذا كان عيب الانحراف بالسلطة في المجال الإداري عيباً احتياطيا، بمعني أنه في كل مرة يوجد وجه آخر لإلغاء القرار، فإن القضاء الإداري لا يلجأ إلى وجه الانحراف بالسلطة ، وذلك لتأسيس الحكم على وجه أكثر موضوعية من جهة، ولأن الانحراف بالسلطة يتضمن تقييماً سلبياً للإدارة، ومحافظة من القاضي على شعور الإدارة يلغي القرار – إذا كان هنا محل للإلغاء – مؤسساً هذا الإلغاء على وجه أقل إدانة للإدارة ومن الممكن غفرانه، فمن باب أولي ينأ القاضي الدستوري بنفسه كلية عن دمغ أي تشريع

---

(١) د. يسري العصار المرجع السابق ص ١٠٥.

(٢) د. فاروق عبدالبر دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق الحريات سنة ٢٠٠٤ ص ٣٤.

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٩٨٧/٤/٤، ق ٤٩ ، س ٦ ، مجموعة أحكام المحكمة – الجزء الرابع، قاعدة رقم ٣، ص ١٩. وحكمها في ١٩٨٦/٦/٢١، ق ٥٦، س ٦، مجموعة أحكام المحكمة – الجزء الثالث، قاعدة رقم ٥١، ص ٣٥٣، وحكمها في ١٩٨٣/٦/١١، ق ٤٧، س ٣، مجموعة أحكام المحكمة – الجزء الثاني، قاعدة رقم ٢٠، ص ١٢٧.

صادر من سلطة تشريعية – المفروض أنها منتخبة من الشعب انتخابا حرا ولو كان الواقع غير ذلك – بعيب الانحراف التشريعي، معتبراً أنه بدخول هذه المنطقة يكون قد إعتدي اعتداء جسيماً على هذه السلطة، مخالفاً بذلك مبدأ الفصل بين السلطات من جهة، ومنتهكاً السلطة التقديرية للمشرع من جهة أخري.

لكن ثمة سؤالاً هاماً يثور هنا هو: ماذا لو لم يكن هناك سبب لدمغ التشريع بعدم الدستورية سوي بالالتجاء إلى عيب الانحراف بالسلطة التشريعية؟

هل تقف المحكمة عاجزة عن إعمال صحيح أحكام الدستور وتقضي برفض الدعوى احتراما لمشاعر السلطة التشريعية وتجنباً للاتهام الذي يمكن أن يوجه إليها بأنها تنتهك مبدأ الفصل بين السلطات، أم أن واجب احترام الدستور يملي عليها أن تتصدي بشجاعة للنص المطعون فيه وتقضي بعدم دستوريته للعيب الذي يشوب الغاية منه؟. في يقيني أن الطريق الثاني هو الأولي بالتبني، إذا أردنا للدستور أن يعلو كل هامة.

العلاقة بين الباعث والغرض (أو الغاية) في التشريع:

الباعث والغرض عنصران متميزان في طبيعتهما، الأول هو العلة والثاني هو النتيجة. الأول هو المبرر للتشريع والثاني هو الهدف الذي تبغي السلطة التشريعية الوصول إليه من إصدارها التشريع.

وإذا كانت السلطة التشريعية عندما تصدر تشريعاً تبدأ بالباعث عليه فإنها تنتهي بالغرض أو الغاية منه، وذلك يعني أن هناك علاقة وثيقة بين الباعث على التشريع وبين الغاية منه.

والعلاقة بين الباعث على التشريع والغاية منه تدق أحيانا لأن هناك عاملين يدعوان إلى الخلط بينهما. أولهما – أنهما عنصران دافعان للسلطة

التشريعية. فالسلطة التشريعية عندما تزمع في إصدار تشريع ما تضع في اعتبارها الباعث على إصداره والغاية منه في آن واحد. وثانيهما – لأن هناك علاقة وثيقة بينهما إذ يتقابل غالباً الغرض مع الباعث الذي يكون سبب إصدار التشريع، فالغرض من تشريع مستهدف حماية الأمن العام والسكينة العامة والأمن العام هو الذي يشكل الباعث كذلك. غير أنه أحياناً قد لا يتوافر الباعث لإصدار تشريع ما أو يكون باعثاً غير مشروع ومع ذلك يصدر التشريع، والتشريع في هذه الحالة يصدر غير مستهدف الصالح العام أو يستهدف غرضاً غريباً علي الصالح العام.

وإذا صدر التشريع غير مستهدف الصالح العام أو مستهدفاً غرضاً غريباً على الصالح العام، فإنه بالضرورة يكون الباعث على إصداره متخلفاً أو غير مشروع، لكن لأنه غير جائز الرقابة الدستورية على الباعث، فإنه يتعين التصدي للرقابة الدستورية على الغرض في الأحوال التي تستلزم ذلك، أي في الأحوال التي لا يوجد عيب يشوب التشريع إلا عيب الغاية. فإذا أمكن القضاء بعدم دستورية نص تشريعي ما لسبب أخر، فإنه لا يجوز التطرق إلى عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية باعتباره عيباً احتياطيا.

نخلص مما سبق إلى القول، إن الرقابة الدستورية على الانحراف في استعمال السلطة التشريعية واجبة في الحالات التي تستدعي ذلك، أي في الحالات التي لا يمكن القضاء بعدم دستورية التشريع لسبب آخر غير الانحراف التشريعي.

خامساً:- استبعدت المحكمة الدستورية المصرية أعمال السيادة والأعمال السياسية من رقابتها، والتي لا تملك المحكمة فيها عناصر التقدير أو التي تتصل بالعلاقات الخارجية للدولة.

سادساً:- وحصراً لنطاق الرقابة الدستورية، لا تقر المحكمة عدم الدستورية بالنسبة للتشريع المطعون فيه إلا بالنسبة لأجزائه المخالفة للدستور

فقط، إلا إذا كانت بقية أجزائه الصحيحة مرتبطة بها، ولا يمكن أن تقوم بغيرها، فهنا تقرر المحكمة عدم دستورية التشريع جميعه.

وتطبيقاً لما سبق انتهت المحكمة الدستورية المصرية إلى أن ارتباط نصوص التشريع المقضي بعدم دستوريته بعضها ببعض ارتباطا لا يقبل الفصل أو التجزئة يستتبع الحكم بعدم دستورية برمته[1].

سابعاً:- قصر الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا كلاهما، ولايتها – في مجال مراقبة الشرعية الدستورية – على النصوص القانونية دون غيرها ، سواء في ذلك تلك التي أقرتها السلطة التشريعية، أو التي أصدرتها السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها الدستورية. والقول بإخضاع الدستور لرقابتها، يجاوز حدود ولايتها، ويقوض تخومها[2].

وهو ما ينقلنا إلى بحث الانحراف لتشريعي في الفقه والقضاء الدستوري.

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٩٨٥/٣/٢، ق١، س١، مجموعة أحكام المحكمة – الجزء الثالث، قاعدة رقم ٢٦، ص ١٦٢. والأحكام كثيرة جداً في هذا الصدد.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٩٩٤/٢/٥، ق ٢٣، س ١٥، مجموعة أحكام المحكمة – الجزء السادس، قاعدة رقم ١٥، ص ١٤٠.

د. فاروق عبدالبر – المرجع السابق ص ٣٦.

الباب الثالث
تطورات فكرة الانحراف التشريعي
في الفقه والقضاء الدستوري

مقدمة:- في طبيعة الرقابة القضائية على دستورية القوانين

يكاد يجمع الفقه الدستوري على وجود صله واضحة بين القضاء الدستوري والعوامل السياسية في المجتمع وأن تفاوت حكمهم على الرقابة القضائية ذاتها وهل هي رقابة سياسية أم هي رقابة قضائية محضة؟

وقد أوضحنا في القسم الأول من هذا المؤلف أن الطبيعة السياسية لموضوع الرقابة القضائية لا ينفي عنها صفتها القضائية فالقاضي يحول المسائل السياسية المثارة أمامه إلى مسألة قانونية وقضائية ويفصل فيها على هذا الأساس وكان هذا التحليل منا في نطاق الدفاع عن الرقابة القضائية على دستورية القوانين إزاء الانتقادات الموجهة ضدها بأنها تؤدي إلى تدخل القضاء في الشئون السياسية فالأصل أن أي نزاع ولو كانت له طبيعة سياسية يفصل فيه القاضي أي قاضي بوصفه نزاعاً يجب أن يفصل فيه بقضاء حاسم فالنزاع على قيام حزب سياسي تفصل فيه المحاكم وفقاً لاعتباره نزاعاً قانونياً وكذلك المنازعات المتعلقة بنتائج الانتخابات فيجب أن نفرق بين تدخل القاضي في السياسة بعمل مبتدأ وبين كون الحكم القضائي له أثر سياسي وهذا وارد بالطبع إلا أن البحث في تطورات القضاء الدستوري إزاء السلطة التقديرية للمشرع سالفة البيان أدي بوضوح إلى بروز تدخل القاضي الدستوري في نواحي اقتصادية واجتماعية وسياسية بفرض رؤيته الخاصة في هذه المسائل ومن هنا عاد أغلب الفقه للاعتراف بوجود تأثير للقضاء الدستوري في السياسية بصورة أو بأخرى وذهب أحد الباحثين إلى اعتناق هذا الرأي وذهب:-

غير أن هذا الوجه القانوني لرقبة الدستورية – مهما قيل في شأنه – لا

يحجد، وجهها السياسي، فرقابة الدستورية لا يمكن أن تكون رقابة قانونية خالصة وإنما هي رقابة قانونية وسياسية في ذات الوقت لسبب بسيط هو أن مادة الرقابة ذاتها سياسية بطبيعتها، لأنها تنصب على عمل الساسة المنظمين لشئون الدولة وهم المشرعون[١].

وذهب أحد الباحثين[٢] إلى:-

وإذا كنا في معرض تقييم كلا الاتجاهين فإننا نؤيد الرأي الذي يري أن الرقابة على دستورية القوانين تتأثر بالجوانب السياسية تأثراً كبيراً لدرجة يمكن معها القول بأنها رقابة تتأثر بالنواحي السياسية، وإن كانت في ظاهرها رقابة قانونية، وليس أدل على ذلك من التطبيق على النظام المصري فالمتتبع لأحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر لابد وأن ينتهي إلى هذه النتيجة ويؤيدنا في ذلك الأسانيد الآتية:-

أولاً:- تنص المادة الخامسة من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه:- (يُعين رئيس المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية، ويُعين عضو المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية.......

ويجب أن يكون ثلثا عدد أعضاء المحكمة على الأقل من بين أعضاء الهيئات القضائية.

ودلالة ما تقدم أن المشرع أجاز أن يكون بين تشكيل المحكمة الدستورية العليا أعضاء من خارج الهيئات القضائية بل أن هؤلاء الأعضاء يمكن أن يصل عددهم إلى ثلث عدد أعضاء المحكمة، وهذا يعني أن التشكيل قد لا يكون تشكيلاً قانونياً خالصاً، وقد يكون

---

(١) د. ثروت عبدالعال المرجع السابق ص ٧٥ تاييدا لرأي د. محمد عصفور السابق الإشارة إليه.

(٢) د. محمود أحمد زكي الحكم الصادر في الدعوى الدستورية رسالة سنة ٢٠٠٣ القاهرة ص ٣٨٠.

هذا منفذاً لوجود رجال السياسة، والحكومة داخل المحكمة وهو ما يؤدي – بما لا يدع مجالاً للشك – للتأثر بشكل أو بآخر بالاتجاهات السياسية السائدة.

ثانياً:- القاضي الدستوري حينما تكون مخالفة التشريع للدستور ليست واضحة، وصريحة قد يحل نفسه محل إرادة المشرع وصولاً للمخالفة، وأبعادها- ولبيان وجودها من عدمه – وهذا الإحلال يختلف من قاضي إلى آخر، ويتأثر بالاتجاهات التي يعتنقها القاضي لدرجة قد تؤدي إلى اختلاف التصورات. فقد يري قاضي يؤمن باعتبارات ، واتجاهات معينة وجود المخالفة، بينما لا يري قاضي آخر وجودها لعدم إيمانه بما اعتنقه الأول.

ثالثاً:- المحكمة الدستورية العليا بحسبانها القوامة على صيانة الدستور من مخالفات المشرع العادي الشكلية، والموضوعية لابد وأن تتأثر بما ورد بصلب الدستور لإعلاء حكمه على القانون العادي، ولو كان ذلك على حساب البعد القانوني للرقابة – فالدستور ينطوي على تنظيم للمجال السياسي، والاجتماعي والاقتصادي – وهذا التأثر وارد – بل وله صدي من الواقع في مصر – بدليل أن المحكمة الدستورية العليا عند إصدارها للعديد من أحكامها غلبت الوضع السياسي على الوضع القانوني، وليس أدل على تأثر الرقابة الدستورية بالاتجاهات السياسية من حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في الدعوى الدستورية رقم (٣٧ لسنة ٩ ق) – دستورية – جلسة (١٩٩٠/٥/١٩) والتي قضت فيها بعدم دستورية نص المادة الخامسة مكرر من القانون رقم (٣٨ لسنة ١٩٧٢) بشأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم (١٨٨ لسنة ١٩٨٦)[1] فيما تضمنه

---

(١) المستشار/ أحمد وهبة – تعليق على الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٣٧ لسنة ٩ ق) دستورية – الصادر بجلسة (١٩ مايو سنة ١٩٩٠) –

من النص على أن "يكون لكل دائرة عضو واحد يتم انتخابه عن طريق الانتخاب ا فردي ، ويكون انتخاب باقي الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية".

وجاء في أسباب هذا لحكم، وحيثياته الفقرة التالية – وحيث الفقرة السابقة مباشرة لمنطوق الحكم - "لما كان ذلك وكانت انتخابات مجلس الشعب قد أجريت بناء على نص تشري عي ثبت عدم دستوريته بالحكم الذي انتهت إليه المحكمة في الدعوى الماثلة، فـ ن مؤدي هذا الحكم، ولازمة أن تكوين المجلس المذكور يكون باطلاً منذ انتخا ه، إلا أن هذا البطلان لا يؤدي البتة إلى ما ذهب إليه المدعي من وقوع انهيار د ستوري، ولا يستتبع إسقاط ما أقره المجلس من قوانين، وقرارات، وما اتخذه مـ ن إجراءات خلال الفترة الماضية وحتى تاريخ نشر الحكم في الجريدة الرسمياً. بل تظل تلك القوانين، والقرارات قائمة على أصلها من الصحة، ومن ثم تبقى صحيحة، ونافذة وذلك ما لم يتقرر إلغاؤها، أو تعديلها من الجهة المختصة ، ستورياً، أو يقضي بعدم دستورية نصوصها التشريعية بحكم من المحكمة الدستورية العليا. إن كان لذلك ثمة وجه آخر غير ما بني عليه هذا الحكم ....."- تلك الجزئية – من الأسباب ، والمنطوق الذي يليها إنما هي خير دليل على صحة الرأي الذي انتهينا إليه بشأن تأييدنا للطبيعة السياسية للرقابة على دستورية لقوانين وتأثرها بكثير من الاتجاهات السياسية السائدة، إذ أن الرقابة لو كانت ذات طبيعة قانونية لما أجهدت المحكمة الدستورية العليا نفسها في البحث عن مبررات ، وأسانيد لما انتهت إليه من استمرار وجود ما أقره المجلس من قوانين، وقرارات صحيحة رغم الحكم ببطلان تشكيل المجلس الذي أصدر هذه الأعمال.

والأثر الذي كان يجب أن يترتب – من الناحية القانونية – على هذا الحكم هو عدم صحة جميع ما صدر من مجلس الشعب – خلال الفترة من تاريخ

مجلة هيئة قضايا الدولة – العدد الثاني – السنة الخامسة والثلاثون – أبريل – يونيو ١٩٩١.

تشكيله ، وحتى نشر هذا الحكم – إذ أن القضاء ببطلان تشكيل المجلس يستتبع بالضرورة بطلان جميع ما صدر عن المجلس من أعمال، بحسبان أن أحكام المحكمة الدستورية العليا لها أثر رجعي – خاصة وأن المحكمة الدستورية العليا ذاتها أكدت، واستقرت على أن أحكامها تحوز الأثر الرجعي، وتعدم النص المقضي بعدم دستوريته من يوم ولادته، وجميع ما ترتب على هذا النص يعد كأن لم يكن، وفي حكم العدم – إلا إذا كان هناك حكم حاز قوة الأمر المقضي، أو مركز قانوني استقر بموجب النص الذي قضي بعدم دستوريته بحسبان أن هذا يمثل استثناء من إعمال الأثر الرجعي(١) وهو ما لا ينطبق على الأعمال التي صدرت من مجلس الشعب الذي قضي ببطلان تشكيله وهو ما كان يستوجب إعمال الأثر الرجعي في هذه الدعوى إعمالاً كاملاً.

ويلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا ذاتها هي التي أقرت كما أشرنا سلفاً – في العديد من أحكامها – سريان أحكامها بأثر رجعي وإعمال هذا الأثر في مثل هذا الحكم كان يستوجب بطلان جميع ما صدر عن هذا المجلس من أعمال خلال الفترة الماضية السابقة على صدور الحكم. إلا أن المحكمة الدستورية العليا رأت لأسباب سياسية عدم إعمال هذا الأثر، ولعل أهم هذه الأسباب أن رئيس الجمهورية تم انتخابه لفترة الرئاسة الثانية من قبل هذا المجلس، والمنطق القانوني لإعمال الأثر الرجعي للأحكام الدستورية مؤداه أن يعتبر جميع ما صدر عن هذا المجلس – عدا المراكز القانونية التي استقرت، ومدة التقادم التي اكتملت، والأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي – وهي الاستثناءات التي حرصت المحكمة الدستورية العليا على تأكيدها وعدم إعمال الأثر الرجعي بشأنها – في حكم العدم وبأثر رجعي، وهو ما كان يستتبع كذلك عدم صحة ما تم من ترشيح وانتخاب لرئيس الجمهورية بواسطة المجلس الذي قضي بعدم دستوريته، وكان يتعين معه القول بأن وجود رئيس الدولة على رأس الدولة غير دستوري إعمالاً لأحكام الأثر الرجعي.

---

(١) أصبحت مسألة الأثر الرجعي للأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا لها ضوابط خاصة بعد صدور القرار بقانون رقم (١٦٨ لسنة ١٩٩٨) بشأن تعديل الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا.

حقاً أن هذه النتيجة ستؤدي إلى انهيار دستوري للدولة، وفراغ قانوني لبطلان ما صدر عن المجلس من تشريعات خلال هذه الفترة إلا أن هذا هو المعني الحقيقي لإعمال الأثر الرجعي، أما وأن المحكمة تذهب إلى صحة جميع الأعمال، والقوانين التي صدرت من المجلس رغم القضاء بعدم دستورية تشكيله – ورغم أن الأعمال التي قررت صحتها ليست من بين الاستثناءات التي قيدت بها المحكمة الدستورية العليا الأثر الرجعي لأحكامها فلا تفسير له سوي التأثر بالاتجاهات السياسية، ورغبة منها في تجنيب البلاد شرور الفراغ القانوني، والانهيار السياسي – إلا أن هذه الاعتبارات سياسة بحته، ورغم نبلها ما كان يجب تغليبها على الاعتبارات القانونية المشار إليها – وهو ما يدلل على الطبيعة السياسية للمحكمة الدستورية العليا، وطبيعة الرقابة التي تمارسها(١).

وقد ذهب أحد كبار قضاة المحكمة في هذا الخصوص إلى:-

على أن تقنين السياسة، وحل النزاع بين رجالها من خلال جهة الرقابة علي الدستورية، ليس وهما، ولا تعبيراً عن وجهة نظر أحادية يفصح بها المؤيدون للشرعية الدستورية عن موقفهم. وإنما اللجوء المتواتر للقانون لحسم ما هو قائم من صور النزاع ذات الطبيعة السياسية، خير دليل على أن مظلة القانون وحدها هي التي تقدم الحلول لها.

ولئن صح القول بأن رجال السياسة قد عمدوا في البداية إلى تسخير القانون لخدمة أغراضهم السياسية في لحظة بذاتها، وفي إطار أوضاع بعينها، وكجزء من خططهم التكتيكية، إلا أن قواعد اللعبة السياسية صار يحكمها القانون كتعبير عنها، وخاصة بعد تصاعد دوره في تشكيل ملامحها. وصار القانون الكلمة العليا في كل شأن، ولو كان سياسياً في طبيعته.

فالقانون هو الذي يحدد للدولة وظائفها، ونطاق اختصاص سلطاتها ، وأشكال التعاون بينها، وحقوق المخاطبين بقواعده وواجباتهم. وهو بذلك تعبير

---

(١) د. محمود أحمد زكي المرجع السابق ص ١٣٨٥.

عن الحياة السياسية في صورتها الحقيقية. فلا يكون القانون إلا اللغة الطبيعية التي يدير بها رجال السياسة أحاديثهم. وأية لغة غيرها تصم الناطقين بها بأنهم لا يدركون قواعد اللعبة السياسية، ولا يبصرون حقائقها، بل ينقلبون على الأصول المنطقية للحوار السياسي.

ولا تقوم على تطبيق هذا القانون جميعه تظلها الأغراض السياسية. وإنما هيئة قضائية في تكوينها ووظائفها ومن منظور أحكامها. وواجبها الأول والأخير هو ضمان سيادة الدستور من خلال فرض أحكامه على الناس جميعهم، وعلى السلطة بكل أشكالها، فلا يكون لأحكامها في تقريراتها غير دعائم من الدستور، وهي تنظر إلى رئيس الجمهورية كحكم في الدولة بين سلطاتها، وكضامن كذلك لوجودها هي ولاتصال حركتها(١). وهي ترد اجتهادها في ذلك إلى الدستور وتحيل بصورة مطردة لا انقطاع فيها، المسائل التي احتدم الجدل السياسي حولها، إلى لغة القانون بمفرداتها، وبما يطورها إلى حد خلق قواعد دستورية جديدة.

فضلاً عن حملها رجال السياسة على التعبير عن آرائهم في لغة قانونية تتلون باتجاهاتهم، لتكون هذه اللغة وحدها طريقهم إلى جهة الرقابة، فلا يخاطبونها بغيرها، ولا يغلبون عليها بواعثهم السياسية، ولا دخائل الصراع فيما بينهم، وإنما يطرحون نزاعاتهم على جهة الرقابة ويديرونها من منظور كلمة القانون، فلا تكون هذه الجهة إلا مسرحها.

على أن الفصل الكامل بين السياسة والقانون لا يلتئم وأوضاع العصر، بل يجافيها إلى حد القول بأن الحياة السياسية في بلد ما، لا تنتجها القواعد القانونية وحدها ولا يحيطها القانون من كل جوانبها . وإنما تتحدد مقوماتها من خلال تفاعل العناصر التي تؤثر في تشكيلها، ومن بينها ديناميكية التكوين

---

(١) ولا يجوز بالتالي أن يكون رئيس الجمهورية رئيسا لحزب في الوقت الذي يجعل الدستور منه رئيساً للدولة، وحكما بين سلطاتها، كافلاً انتظامها في أداء وظائفها.

الاجتماعي، وأوجه التعارض ونطاق التوافق داخل الجماعة بين فئاتها الدينية واللغوية والعرقية، ونوع عاداتها وتقاليدها ومعتقداتها وتراثها، ودور أحزابها السياسية، وعددها، وطرائق تكوينها ونطاق حريتها وإستراتيجيتها، وقواعد تنظيم الصحافة وغيرها من وسائل الاتصال.

والقانون والدستور، يتفاعلان مع غيرهما من العناصر في توجيه اللعبة السياسية وتحديد ملامحها. ولئن جاز القول بأن العناصر المؤثرة في الحياة السياسية تتفاوت فيما بينها في ثقلها، إلا أن الدستور في الدول الديمقراطية يعتبر أكثرها حسماً، خاصة وأن المراجعة القضائية، هي صمام أمن يحفظ لكل من السلطتين التشريعية والتنفيذية حدود ولايتها؛ ويصحح من خلال كلمة القانون السياسة التي ينتهجانها. وفضلاً عما تقدم، تعمق المراجعة القضائية حقوق المواطنين وحرياتهم ولا تعطي لنصوص الدستور التي تحتكم إليها لفض نزاع معين، غير المعاني التي تطورها وتكفل للجماعة تقدمها. وهي لا تطبع الحياة السياسية بلغتها القانونية إلا من خلال القبول بأحكامها كأداة لتمثيل مظاهر الحياة السياسية والتعبير عنها، يؤكدها أن رجال السياسة لا يديرون حواراتهم – وبصفة روتينية – إلا باللغة القانونية.

ويظل صحيحاً القول بأن أهمية القانون وقدر تأثيره لا تكمن في خصائص قواعد الدستور، ولا في دور جهة الرقابة على الدستورية ولا في عناصر خارج دائرة القانون كتلك التي تتعلق بالروابط القائمة بين مراكز القوة في الصراع السياسي أو بمصالحها وإستراتيجيتها، وإنما هي العلاقة بين نظرة قانونية تحيط بنزاع من طبيعة سياسة من جهة، وبين ما يطلبه رجال الساسة ويسعون لتحقيقه من خلال هذه الفكرة ، وصولاً إلى أهدافهم من جهة أخري، فلا ينفصل القانون عن السياسة ، بل يتزاوجان في تداخل ، ويمتزجان في ترابط.

وبخصوص الوضع في مصر ذهب القاضي العظيم إلى:-

لا تحكم مصر اليوم أغلبية برلمانية حقيقية. وسلطتها التشريعية مجرد واجهة للديمقراطية في صورتها الشكلية. والقوانين التي تنظرها وتناقشها هي التي صنعتها السلطة التنفيذية وعرضتها عليها، كي تقرها في جملتها أو تعدلها بما لا يخل بالركائز الرئيسية التي تقوم عليها.

وما يدور حولها من جدل بين أعضاء السلطة التشريعية، ليس جدلاً حقيقياً يتوخي تقييم مظاهر القصور فيها، ولا أوجه التعارض بينها وبين الدستور، ولا تصحيحها بما يوفقها مع أحكامه، وإنما ينحل هذا الجدل في حقيقته إلى صورة مظهرية للحوار، ولا ينال من جوهر نصوص مشروع القانون المعروض عليها، لتظل أسسها على حالها مع تعديل بعض تفصيلاتها على استحياء، وبما يقتصر – غالباً – على مفرداتها اللفظية التي لا تؤثر صياغتها في جديد من المضمون المتكامل لمشروع القانون، ولا في الأغراض التي يتوخاها.

ويستحيل في إطار هذه الأوضاع، أن يكون للسلطة التشريعية سياستها الخاصة بها، ولا أن تناقض السلطة التنفيذية أو تعارضها في توجهاتها. وكثيراً ما يكون سعيها لإرضائها قبولاً كاملاً وفورياً بمشروع القانون المقدم منها، ولو كان مخالفاً للدستور.

وأعضاء السلطة التشريعية لا تعنيهم هيئة الناخبين التي يفترض أنها أنابتهم عنها في شئونها وخولتهم تصريفها، وهم يتصورون دوماً أنهم لا يحاسبون أمامها، وإنما أمام السلطة التنفيذية التي كان لها فضل ترشيحهم ، ودعم حملتهم الانتخابية ، وقهر خصومهم، وتحوير إرادة الناخبين سواء بتزييفها أو تشويهها، خاصة وأن عضويتهم في السلطة التشريعية تمنحهم حصانة يتعاملون معها كقناع يخفيهم عن يد القانون.

وكان على السلطة التشريعية بالتالي أن تقر القوانين التي اقترحتها السلطة التنفيذية أياً كان قدر إخلالها بحقوق المواطنين وحرياتها لأنها صوتها وإرادة التعبير عن مطالبها أياً كان قدر جموحها.

والمواطنون يواجهون هذه الملهاة بأعين دامية، فلم يكن الباطل يوماً قرين الحق، ولا الحق كلمة جوفاء يراد بها الهزل في مواطن الخطر. وكان من المفترض منذ بدء ثورة ٢٣ يوليو، أن ترقى بمواطنيها بما يكفل ارتفاع رءوسهم تيها. ولكنها خفضتها تارة من خلال تدابير استثنائية اتخذتها السلطة التنفيذية لإهدار كرامتهم؛ وطوراً من خلال قوانين كان عصفها بهم شديداً ، ووقعها سيئاً حتى على حقهم في الحياة وجوهر حرياتهم.

ولم يكن أمام المحكمة الدستورية العليا إلا أن تعيد للحرية توازنها، والقيم الإنسانية حقيقتها، وأن ترد إلى المواطنين حقوقاً طال غيابها. وهو ما وقع على الأخص بإبطالها قوانين العزل السياسي، وجانباً من قوانين مباشرة الحقوق السياسية، وقوانين تكوين السلطة التشريعية، وتشكيل المجالس الشعبية المحلية[1]. وكذلك بحرصها على ضمان جوهر الحرية الشخصية وحرية التعاقد والحق في الملكية ، ولا تزال كثرة القوانين المعمول بها في مصر معيبة دستورياً بالنظر إلى تعبيرها عن إرادة السلطة التنفيذية في السيطرة على الحياة السياسية في مصر حتى ملكها من كل نواصيها وفي أدق تفصيلاتها، فلا

---

(١) أنظر في ذلك قضاء المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية "دستورية العليا في القضية رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية "دستورية" – جلسة ٢١ يونيه ١٩٨٦ – قاعدة رقم ٥١ – ص ٣٥٣ وما بعدها من الجزء الثالث؛ وفي القضية رقم ٤٤ لسنة ٧ قضائية "دستورية" – جلسة ٧ مايو ١٩٨٨ – قاعدة رقم ١٦ – ص ٩٨ وما بعدها من الجزء الرابع؛ والقضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية "دستورية" – جلسة ١٩ مايو ١٩٩٠ – قاعدة رقم ٣٣ – ص ٢٥٦ وما بعدها من الجزء الرابع، والقضية رقم ٢٣ لسنة ٨ ق "دستورية" – جلسة ١٥ أبريل ١٩٨٩ – قاعدة رقم ٢٧ – ص ٢٠٥ وما بعدها من الجزء الرابع، والقضية رقم ٤٩ لسنة ٦ ق "دستورية" – جلسة ٤ أبريل ١٩٨٧ – قاعدة رقم ٣ – ص ١٩ وما بعدها، والقضية رقم ٢ سنة ١٦ ق "دستورية" – جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ – قاعدة رقم ٢٧ – ص ٤٧٠ وما بعدها من الجزء السابع.

يتنازعها أحد في شأن من شئونها، يعاونها في ذلك تنظيم حزبي من خلقها لا تقوم مع وجوده تعددية حزبية حقيقية، ولا تداول للسلطة بين أغلبية وأقلية تتبادل مواقعها. إذ الأغلبية دوماً لحزبها، وهي تصطنعها بوسائلها وأدواتها. فلا تقوم قائمة للتغير إلا من منظورها، ووفق تصورها الخاص، وفي الحدود التي تقبلها. وصوتها وحدة هو الأهم، وقراراتها هي الأحق بالاعتبار، وموقفها من الحرية، هو ما تراه من أوصافها والقيود عليها، وكلمة القانون هي اجتهادها وفق مصالحها. وفي ذلك تقويض للشرعية الدستورية. ومدخلها أن القانون هو الضمان النهائي للحرية، ولا حرية بغير ديمقراطية ، ولا ديمقراطية بغير الهياكل والحقوق التي تفضي إليها ، ويندرج تحتها وجود معارضة منظمة لها من قوتها وعناصر تماسكها، ما يوازن الأغلبية البرلمانية ويحملها على الاعتداء في موقفها، ويصححها كذلك عند الاقتضاء(١).

وفي ختام تحليله للأحكام الصادرة من مجلس الدولة والقضاء العادي أوضح أحد كبار فقهاء العلوم السياسية حقيقة دور القضاء السياسي في المجتمع وذهب في ذلك إلى:-

في إطار تحليل البيئة الموضوعية لفترة الحكم الأولي للرئيس حسنى مبارك وسماتها الأساسية، ورؤيته لدور القضاء ومبدأ سيادة القانون، وفي ضوء الدور الدستوري وتطوره للسلطة القضائية ، وفي إطار تحليل طبيعة الدور الفعلي للقضاء في المجتمع المصري الذي يصاغ من خلال مجموعة الأحكام القضائية التي صدرت عن مختلف المستويات القضائية، في إطار كل ذلك، فإنه يمكن إذن التوصل إلى مجموعة من الاستنتاجات يمكن تسجيلها كخاتمة للدراسة.

وبداية فإنه يمكن الإشارة إلى أن فكرة "حياد القضاء" فكرة نظرية أكثر منها واقعية، فالنظام القضائي ينهض لتنفيذ وحماية نظام قانوني يعبر عن

---

(١) المستشار الدكتور عوض المر المرجع السابق ص ٤٢٠.

مصالح اجتماعية معينة. والقاضي بشر يميل إلي رؤى معينة إزاء قضايا عصره الأمر الذي ينعكس على تصرفاته بشكل مباشرة أو غير مباشرة من حيث وظيفة القضاء في إطار النظام السياسي. فالقضاء يمثل أداة سليمة لحل المنازعات بين المواطنين تجاه السلطة، ويقوم أحياناً بخلق قواعد قانونية جديدة في حالة تطبيق القانون على واقعة أو حالة جديدة أو إعطاء تفسير جديد للقانون يتلاءم مع حالة معينة، ويقوم كذلك بالتعبير عن المصالح أثناء عملية تفسير القانون. في نفس الوقت فإن القاضي وهو له السلطة القانونية، فإن له سلطة سياسية تتركز في الالتزام بتحقيق التوازن القانوني، وأيضاً كأداة تسمح بخلق الارتباط والتعانق بين القيم الفردية، والقيم الجماعية، فالقضاء هو الحارس الأمين لتلك القيم الجماعية، وعلى وجه التحديد لكيفية خلق الانصهار والتفاعل بين القيم الفردية، والقيم الجماعية العليا المتمثلة في (التطور الديمقراطي) وهو بالتالي أداة من أدوات ضبط الممارسة السياسية أي ضبط ممارسة السلطة، ولكن لكي يقوم بهذا الضبط فإنه لابد من الاستقلالية الكاملة للسلطة القضائية حماية للحريات الفردية من جانب، وازدهار للقيم السياسية كالعدالة الاجتماعية والحرية والديمقراطية من جانب آخر. وفي المعني الأخير فإن الاستقلالية توفر للسلطة القضائية القوة المعنوية التي تسمح بنشد لجام السلطة عندما تخرج عن وعيها أو تسيء استخدام حقوقها. ومن ثم فإن هناك علاقة وثيقة بين الاستقلال القضائي وفاعلية الرقابة السياسية.

إذن لا يمكن بأي حال عزل القضاء عن المناخ السياسي بعلاقاته وسماته المتشابكة، ولذلك فإن دوره لا ينحصر في مجرد تنفيذ قاعدة قانونية، بل أنه يسعي دائماً – خاصة القضاء الإداري- إلى تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة وقد يسعي إلى التغيير ويسانده، وقد يسعي إلى التهدئة والمحافظة في أحيان أخري خاصة إزاء المواقف الحساسة والخطيرة التي تواجه النظام. ويتوقف الدور وطبيعته على مجموعة العوامل الواقعية التي يمر بها المجتمع في لحظة ما فهو إذن أما مساند ومؤيد للنظام القائم ، وأما مساعد على التغيير في مواجهة النظام والسلطة القائمة عن طريق المشاركة في خلق أو التمهيد

لقاعدة قانونية جديدة من خلال إصدار أحكام متتالية بشأن قضية معينة فيضطر المشرع لأخذها في الاعتبار تجنباً لضغوط الرأي العام، وأما موازناً بين مختلف القوي في إطار الزاوية القانونية الضيقة.

ومن هذه الزاوية يمكن النظر إلى الدور السياسي الذي لعبه القضاء المصري في الفترة الأولي لحكم الرئيس مبارك، ومما زاد من هذا الدور الاستقلالية المتزايدة التي تمتع بها في تلك الفترة والتي صدرت بها قرارات متتالية وقوانين متعددة أيضاً دعمت من هذه استقلالية السلطة القضائية مما ساعد على قيام القضاء بالدور الذي يعبر عن الإرادة العامة للمجتمع بغض النظر عما إذا كان في مواجهة السلطة ذاتها أم لا.

فالقضاة أصبحوا في مواجهة فعلية مع واقع معقد اختلت فيه التوازنات الاجتماعية، وشاع فيه الانحراف والفساد. وطغي فيه المشرع بإقرار عدة قوانين لا تعبر عن الارادة العامة للمجتمع كقانون الانتخابات بالقائمة المطلقة والأحوال الشخصية، وغيرها، وقيود على الممارسة السياسية سواء في القيد على إنشاء الأحزاب، أو إصدار الصحف.. الخ هنا أصبح على القضاة مواجهة ذلك من خلال الدعاوي المعروضة أمامه، فتوالت الأحكام برؤاها المختلفة كما سبق توضيحها وتنوع موقف السلطة أو النظام الحاكم في التعامل مع هذه الأحكام وهذا الدور السياسي للقضاء، وهو ما تم توضيحه من قبل أيضاً.

وفي ضوء ما سبق يمكن استخلاص النتائج التالية:-

١- عدم الالتزام الكامل من جانب النظام الحاكم بتنفيذ الأحكام القضائية فأحياناً يتم الأخذ بحكم قضائي وتنفيذه، وأحياناً لا يتم، والأمر يتوقف على اعتبارات عديدة منها نوعية الحكم من حيث كونه اجتماعي أم اقتصادي، أم سياسي ومن حيث مستوي الجهة القضائية الصادرة عنها الحكم. والملاحظ إذن أن الأحكام ذات الصفة الاجتماعية كانت تلقي صدي كبير في الاستجابة لها على عكس أغلب القضايا السياسية

أو الاقتصادية كذلك فإن صدور هذه الأحكام من المحكمة الدستورية العليا قد ساعد على الاستجابة السريعة من جانب النظام الحاكم، وبادر بالتغيير السريع، وهو ما يلاحظ إزاء أحكام إلغاء قانون الأحوال الشخصية، وإلغاء الاستثناءات في التعليم الجامعي.

٢- محاولة الالتفاف حول بعض الأحكام القضائية ذات الطابع السياسي بتجاوز بعض الثغرات القانونية بما يجنب عدم الدستورية، وعدم الميل لمواجهة الحكم بشمول – بما ينص عليه – كما حدث إزاء عدم دستورية قانون الانتخابات بالقائمة، فلو كان النظام يواجه الأمر بشجاعة وشمول ما كان قد انتهج ما فعله بإضفاء مزيد من التعقيد على النظام الانتخابي وسارع بإلغاء النظام بالقائمة وذلك تأكيداً للشرعية السياسية والقانونية ولكن الأمر يعكس طبيعة المصالح المحدودة للطبقة الحاكمة على مختلف مستوياتها.

٣- اتساع الدور السياسي للقضاء المصري وتشعبه، وذلك كنتيجة لزيادة درجة الاستقلالية الممنوحة للسلطة القضائية وهيئاتها المختلفة، والتي أقرها الرئيس مبارك قولاً وفعلا، كما سبق التوضيح. ووصل الأمر إلى أن اتساع هذا الدور مع الاستقلالية أن أصبح القضاء يشكل من خلال مجموعات أحكامه أداة ضغط على صانع القرار للاتجاه ناحية معينة لمعالجة قضية ما وذلك كما هو واضح في القضايا التي نظرت، وغيرها المنظورة حالياً المتعلقة بنظام الانتخابات بالقائمة، أو المتعلقة بالإجراءات الانتخابية البرلمانية الأخيرة في أبريل ١٩٨٧. فالقضاء يصر على العودة إلى النظام الانتخابي الفردي تعبيراً عن الإرادة العامة لمواطني المجتمع، في نفس الوقت فإن النظام الحاكم يحاول الالتفاف حول هذا الضغط ، كسبا للوقت ودرءاً لمخاطر هذا النظام الانتخابي عليه وعلى مصالح أفراده. وقد ساعد القضاء بدوره هذا على بلورة عدد من القضايا لدي الرأي العام مزوداً

المواطنين بسلاح ضاغط على النظام لإجباره على التغير في الاتجاه الذي يتفق ومصالح المجموع.

٤- توظيف الرئيس مبارك لعدد من الأحكام للمعاونة في "التفسير التدريجي" والهادئ للواقع المصري، وذلك درءاً لضغوط فئة من المجتمع، أو انحيازا لفئة ما، وهذا ما حدث في قضايا إلغاء الاستثناءات في التعليم الجامعي، وقانون الأحوال الشخصية، في نفس الوقت تجاهل النظام تنفيذ عدد من الأحكام الهامة التي تعبر عن مشروعية قانونية لو تم إقرارها وتنفيذها لازدادت واتسعت درجة المشروعية السياسية للنظام الحاكم ، كذلك فإن تأخر التفاعل مع بعض القضايا المنظورة والتي لو سارع النظام بإعلان موقفه بدلاً من التأجيل لأضاف لرصيد النظام الكثير، ومنها أحكام إلغاء العزل السياسي، وإلغاء الاستثناءات في التعليم الجامعي. ولكن هذا التردد من جانب النظام في إعلان موقفه إزاء مثل هذا القضايا تعكس غياب الهوية أو الرؤية الشاملة لنظام الحكم إزاء القضايا الأساسية المطروحة لاصطلاح المجتمع.

٥- عدم الالتزام بتنفيذ الأحكام القضائية من جانب السلطة ساعد على زيادة التسيب والانحراف والفساد، وعدم التقليل منه، فالأمر لا يتوقف على مردود الحكم ولكن يمتد إلى التوصيات التي تطرحها المحاكم كمحكمة القيم ومحكمة أمن الدولة ، فكثيراً ما نادوا بتنفيذ التوصيات التي أدرجوها في حكمهم، ولكنهم لا تري النور لأسباب عديدة لا حصر لها. حتى أن أحد مساعدي المدعي العام الاشتراكي الذي ارتبط اسمه بمواجهة قضايا الفساد أرجع استمرار الفساد إلى عدم الأخذ بتوصيات محكمة القيم أكثر من مرة لتعديل قوانين النقد الأجنبي والبنك المركزي والرقابة على البنوك، والجمارك والتهريب وغيرها وذلك حيث أن القوانين المعمول بها عاجزة عن ملاحقة الفساد.

٦- صعوبة الفصل التام بين القضاء والصراع الاجتماعي والسياسي في المجتمع فالواضح أن القضاء طرف في هذا الصراع بمناصرته لقيم ومبادئ عليا متمثلة في تدعيم حرية الرأي ، وتدعيم الديمقراطية (كالسماح بصدور أحزاب جديدة، والسماح بحرية الأحزاب في الاجتماع في أي مكان والسماح لممثلي الأحزاب في مخاطبة الرأي العام وإعلان برامجهم في وسائل الإعلام المختلفة. ومن ناحية أخري فإن القضاء يناصر ما يتفق مع الإرادة العامة والتي تعبر عن غالبية المواطنين في مواجهة السلطة القائمة التي تريد أن تستأثر بالسلطة[1].

---

(١) أ. د. جمال زهران بحث مقدم لمركز البحوث والدراسات السياسية النظام السياسي المصري التغيير والإستمرار سنة ١٩٨٨ مقال الدور السياسي للقضاء المصري في عملية صنع القرار دراسة الحقبة الأولي للرئيس مبارك ص ٢٧٧.
وأنظر في ذات الاستنباط لدور المحكمة الدستورية العليا مقال للدكتور محي الدين محمد قاسم دور المحكمة الدستورية العليا في النظام السياسي المصري مجلة الديمقراطية العدد الأول شتاء ٢٠٠١ ص ٣٣.

الفصل الأول
الفقه الدستوري وعيب الانحراف التشريعي

تباين الفقه الدستوري بين فكرة الانحراف التشريعي الموضوعي والتي جاء بها الفقيه الكبير د. السنهوري وفكرة الانحراف التشريعي على النحو الذاتي الشخصي الذي جئنا بها اتساقا مع ذاتية فكرة الانحراف منذ نشأتها في القانون الخاص وانتهاء برسوخها في نطاق القانون الإداري ويمكن التفرقة بين إتجاهات الفقه التقليدي والفقه والحديث في هذا الخصوص.

وسبق أن عرضنا موقف الفقه التقليدي من فكرة الانحراف التشريعي الموضوعية لدي د. السنهوري وأن الفقه في جملته هاجم هذه الفكرة لا لأن هذه الفكرة لا تحتمل التطبيق في نطاق القانون الدستوري ولكن لأن هذه الفكرة كما أظهرها الفقيه الكبير تحمل في طياتها عوامل الهجوم عليها لأنها في الأصل فكرة ذاتية شخصية حاول الفقيه الكبير لخطورتها في نطاق القانون الدستوري أن يجعلها موضوعية وهو ما ساعد على شدة الهجوم عليها ومن هنا أبرزنا في القسم الأول من هذا البحث موقف الفقه تجاه هذه الفكرة وهنا في القسم الثاني وبعد مضي أكثر من خمسة عشر عاماً على ظهور فكرتنا التصحيحية لعيب الانحراف التشريعي كان من واجبنا معرفة رأي الفقه في فكرة ذاتية عيب الانحراف التشريعي ونقسم هذا الباب إلى قسمين، الأول يتعرض للفقه التقليدي في هذا الخصوص والآخر يتعرض للفقه الحديث.

المبحث الأول
الفقه التقليدي وفكرة الانحراف التشريعي

يمكن القول أن الفقه التقليدي المتمثل في أساتذة القانون العام لم يشر في مجمله إلى فكرة الانحراف التشريعي التي وضعنا أسسها في رسالتنا سالفة البيان وقد اكتفي هذا الفقه بالإشارة إلى مقال الدكتور السنهوري فقط حتى في الطبعات الحديثة من هذه المؤلفات والتي كانت لاحقة على رسالتنا بأكثر من عشر سنوات ولعل ذلك يرجع إلى عدم نشر الرسالة بصورة كافية حيث لم يطلع عليها أغلب هؤلاء الفقهاء.فقد ذهب الأستاذ الدكتور يحي الجمل(١) إلى:-

إذا كان فقه القضاء الإداري وأحكامه تعرف عيب الانحراف بالسلطة منذ أن ابتدع مجلس الدولة الفرنسي دعوى الإلغاء وعيب الانحراف كسبب لإلغاء القرارات الإدارية منذ أكثر من قرن ونصف فإن هذا العيب حديث على فقه القانون الدستوري. وقد يكون أستاذنا الفقيه الكبير الدكتور عبدالرازاق السنهوري من أوائل من عالجوا هذا الموضوع في إطار القانون الدستوري في مقال قيم وعميق له بعنوان "مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية"(٢) ومازال هذا المقال يعتبر العمدة في هذا الموضوع.

وعيب الانحراف التشريعي يتعلق أساساً بالغاية من التشريع ذلك أن التشريع يتعين أن يستهدف المصلحة العامة فإذا تغيا التشريع غير هذه المصلحة لكي يحقق مصلحة فردية أو مصلحة حزب من الأحزاب أو مجموعة من الأشخاص وكان ذلك كله لغير هدف المصلحة العامة أو كان ذلك كله أو أي منه يستهدف الإضرار بفرد أو مجموعة أفراد بذواتهم أو فئة معينة من الناس على غير ما تقتضيه المصلحة العامة فإن التشريع في كل هذه الصور والحالات ينطوي على انحراف بالسلطة التشريعية لغير ما أقامها الدستور عليه.

---

(١) د. يحي الجمل القضاء الدستوري في مصر طبعة ٢٠٠٠ دار النهضة العربية ص ٢٠٧.

(٢) مجلة مجلس الدولة ـ السنة الثالثة يناير ١٩٥٢.

وإذا كانت "الغاية" من التشريع وكونه يستهدف المصلحة العامة للجماعة فينجو من هذا العيب - أو لا يستهدف تلك المصلحة العامة فيقع في حومة الانحراف بالسلطة - إذا كانت الغاية من التشريع هي كذلك فإن هذا العيب عندما يتحقق لا يتصور إلا عندما يتمتع المشرع بالسلطة التقديرية- التي هي الأصل كما سبق أن قلنا - ذلك أن امتلاك السلطة التقديرية هو الذي يضع أمام المشرع عديداً من البدائل والوسائل والخيارات، والمشرع في استعماله لسلطته التقديرية في اختيار وترجيح أي من هذه الوسائل والبدائل والخيارات يتعين عليه أن يتغيا المصلحة العامة دون سواها فإن هو انحرف عنها وتغيا غيرها لحقه عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية.

وإذا كان هذا العيب عسير الإثبات في مجال القضاء الإداري ومن ثم اعتبر عيباً احتياطيا لا يلجأ إليه القاضي الإداري إذا وجد عيباً غيره فإن أمر إثبات مثل هذا العيب في المجال الدستوري أكثر عسراً وصعوبة مما يجعل هذا العيب أمام القضاء الدستوري كما هو أمام القضاء الإداري عيباً احتياطيا لا يلجأ إليه القاضي الدستوري إذا وجد مندوحة عنه في أي من العيوب الدستورية الأخرى التي سبق أن تحدثنا عنها.

وإذا كان عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية متعلقاً بالغاية من التشريع وكونها تستهدف تحقيق المصلحة العامة أو لا تستهدفها فإن هذا العيب لا صلة له بالبواعث التي تدفع المشرع إلى سن تشريع معين في وقت معين أو عدم سنه فتلك من الملاءمات المتروكة للمشرع والتي لا تخضع ولا يمكن أن تخضع للرقابة القضائية دستورية أو غير دستورية، وقصارى الأمر أنه يتعلق بالجانب السياسي في الحكم وبأهداف الأحزاب أو التنظيمات السياسية وفلسفتها واتجاهاتها فقد يكون هذا الحزب في الحكم اليوم وله فلسفة معينة تدعوه إلى اتجاه تشريعي - معين مثل ذلك يدخل في باب المواءمات والملاءمات التي لا تخضع لرقابة الدستورية. وإذا كان هذا هو شأن البواعث فإنه ليس شأن الغايات التي يجب أن تكون دائماً تحقيق المصلحة العامة للجماعة

ومن ثم فإنه إذا كان المتفق عليه أن ملاءمة التشريع وبواعثه لا تخضع لأي رقابة قضائية فإن غاية التشريع على العكس من ذلك تخضع لرقابة القضاء الدستوري فإن انحراف المشرع عن هذه الغاية – المصلحة العامة للجماعة – إلى غايات أخري تجانب هذه المصلحة فإن تصرفه ذلك يسمه بميسم الانحراف بسلطة التشريع لغير ما وضعت له.

ولا شبهة في أن البواعث تؤثر على الغايات ولكن الرقابة الدستورية تنصرف إلى الغايات دون البواعث ذلك أن البحث في البواعث ينصرف إلى النوايا وهي أمر يخرج عن إمكانية التقدير الموضوعي.

وقد اجتهد الفقه في محاولة إيجاد معيار موضوعي يقيس عليه الغاية من التشريع. وهذا المعيار رغم عموميته ورغم ما قد يثور حوله من اختلاف في الاجتهاد هو معيار المصلحة العامة للجماعة في وقت معين.

ولم نستطع أن نعثر على حكم صادر من قضائنا الدستوري -- سواء على عهد المحكمة العليا أو على عهد المحكمة الدستورية العليا – حكم بعدم دستورية نص تشريعي لعيب الانحراف بسلطة التشريع، ولكننا مع ذلك نجد بعض الأحكام التي ناقشت هذا العيب ورفضت التسليم بوجوده أو وجدت مندوحة عن التطرق إليه لوجود عيب دستورية أخري تؤدي إلى الحكم بعدم الدستورية.

ولعل أول حكم تعرض فيه قضاؤنا الدستوري لهذا العيب هو الحكم الصادر في الدعوى رقم ٢ لسنة ٣ القضائية من المحكمة العليا والذي ناقش ما نعي على القانون رقم ٦٢٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بإلغاء معادلة شهادة مدرسة المساحة بشهادة دبلوم الفنون والصناعي (نظام حديث) وانتهت إلى أن "النعي على هذا القانون بعيب الانحراف لا يقوم على أساس سليم".

وفي قضية أخري حديثة كانت تتعلق بانتخابات مجلس الشعب التي جرت عام ١٩٨٤ وحرم من حق الترشيح فيها الأشخاص الذي حاكمتهم محكمة الثورة فيما عرف بقضية مراكز القوى عام ١٩٧١ ثم صدر عام ١٩٧٨ ما

عرف باسم قانون حماية الجبهة الداخلية الذي حرم هؤلاء الأشخاص من ممارسة حقوقهم السياسية مدي الحياة وتقدم بعض هؤلاء للترشيح فلما رفضت جهة الإدارة قبول أوراق ترشيحهم طعنوا في تلك القرارات الإدارية أمام مجلس الدولة وعند نظر القضية أمام محكمة القضاء الإداري دفع هؤلاء بعدم دستورية المادة الرابعة من القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ ورأت محكمة القضاء الإداري أن الدفع جدي فقبلته وقالت في أسباب حكمها.. من المبادئ المسلمة في خصوص الحريات والحقوق العامة التي نص الدستور على تنظيمها بقانون إنه إذا خول الدستور المشرع سلطة تقديرية لتنظيم تلك الحقوق فيجب على المشرع ألا ينحرف عن الغرض الذي قصد إليه الدستور وهو كفالة ممارسة هذه الحقوق والحريات العامة في حدودها الموضوعية فإذا نقضها المشرع أو انتقض منها وهو في صدد تنظيمها كانت تشريعية مشوباً بالانحراف.. والقاعدة أن كل حق عام وكل الدستور إلى المشرع تنظيمه بقانون فقد رسم الدستور للقانون الذي ينظمه غايات مخصصة لا يجوز للمشرع الانحراف عنها.. ومن صور الانحراف في استعمال السلطة التشريعية مخالفة التشريع لمبادئ الدستور العليا.

ومن ثم كان على المشرع أن يلتزم تلك المبادئ في تشريعاته وأن يتجنب الانحراف عنها فيما له من سلطة تقديرية وبهذه المثابة فإنه إذا أصدر تشريعاً يتعارض مع هذه المبادئ العليا كان هذا التشريع باطلاً لما ينطوي عليه من انحراف في استعمال السلطة التشريعية.

وواضح مما تقدم أن محكمة القضاء الإداري اعتدت بعيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية واعتبرت النعي على القانون المشار إليه بعيب الانحراف نعياً جدياً وحددت موعداً للطاعنين لرفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا. ولما عرض الموضوع على المحكمة الدستورية العليا قضت فيه بعدم دستورية نص المادة الرابعة من القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ - المسمي بقانون حماية الجبهة الداخلية – ولكنها إذ قضت بعدم دستورية ذلك

النص لم تستند في ذلك إلى عيب الانحراف بالسلطة التشريعية بل ولم تجد نفسها في حاجة إلى مناقشة هذا العيب أصلاً باعتباره عيباً احتياطيا وباعتبار أن المحكمة تبين لها عدم دستورية النص المذكور لتعارضه مع نصوص دستورية واضحة. وقالت المحكمة الدستورية العليا في هذا الصدد "إنه وإن كان الأصل في سلطة التشريع عند تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية وإن الرقابة على دستورية التشريعات لا تمتد إلى ملاءمة إصدارها إلا أن هذا لا يعني إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور ومن ثم فإن تنظيم المشرع لحق المواطنين في الانتماء إلى الأحزاب السياسية ومباشرتهم لحقوقهم السياسية ينبغي ألا يعصف بهذه الحقوق أو يؤثر على بقائها على نحو ما سلكه النص المطعون عليه إذ تعرض لحقوق عامة كفلها الدستور وحرم فئة من المواطنين منها حرماناً مطلقاً ومؤبداً على ما سلف بيانه مجاوزاً بذلك دائرة تنظيم تلك الحقوق الأمر الذي يحتم إخضاعه لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية "وقالت المحكمة" لما كان مقتضى نص الفقرة الأولى من المادة الرابعة من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٨ بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعي حسبما يبين من عباراتها المطلقة حرمان فئة من المواطنين من حقهم في الانتماء إلى الأحزاب السياسية ومن مباشرة الحقوق والأنشطة السياسية كافة حرمانا مطلقاً ومؤبداً بما ينطوي على إهدار لأصل الحقوق ويشكل بالتالي اعتداء عليها بالمخالفة لحكم كل من المادتين ٥، ٦٢ من الدستور".

وهكذا وجدت المحكمة الدستورية أن النص المطعون يخالف مادتين من مواد الدستور ولم تجد مبرراً للتعرض لعيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية(١).

وقد أشار الأستاذ الدكتور رمزي الشاعر(٢) إلى رسالتنا سالفة البيان في

(١) د. يحي الجمل المرجع السابق ص ٢١١.
(٢) د. رمزي الشاعر رقابة دستورية القوانين دراسة مقارنة طبعة ٢٠٠٤ ص ٧٠٠.

مقام الإشارة إلى عيب الانحراف التشريعي وهو أمر يحمد له لإطلاعه عليها وإن كان لم يتناول باستفاضة ضوابط وخصائص هذا العيب وأهتم سيادته برأي الفقه في نظرية د. السنهوري نظراً للمكانة الكبيرة للدكتور السنهوري في مجال القانون بصفة عامة وذهب سيادته في تقدير فكرة الانحراف الي استعمال السلطة التشريعية لدي الدكتور السنهوري إلى:-

واضح أن ما ذكر الدكتور السنهوري في الفروض السابقة يهدف إلى توسيع الرقابة على دستورية القوانين، بحيث لا تقف السلطة التي أوكل إليها مهمة الرقابة عند حد المخالفة الواضحة للنصوص الدستورية ، بل تتعدي ذلك إلى البحث عن بواعث التشريع وملاءمته.

إلا أن هذه المحاولة القيمة قد تعرضت لنقد شديد من جانب الفقه المصري. وأهم ما يأخذه عليها الفقهاء، أنها تحاول قياس السلطة التقديرية للمشرع على سلطة الإدارة التقديرية، متجاهلة أن الفارق بين السلطتين ليس فارقاً في الدرجة فحسب، وإنما هو فارق في الطبيعة والجوهر. فحرية البرلمان في التشريع أبعد من أن تقاس على حرية الإدارة في التنفيذ، فالقيد على الإدارة هو الأصل، أما أهداف التشريع فلا يمكن أن تحدد بصورة معينة، لأنه ليس لجماعة معينة أن تفرض إرادتها باستمرار ويستحسن أن يترك تقدير ذلك للجماعة ممثلة في برلمانها، وإلا لأدت الرغبة في الحكم على أهداف التشريع إلى منزلق خطير وتعقيدات وإشكالات لا حصر لها.

ويضيفون إلى ذلك أن الأمثلة التي ذكرها الدكتور السنهوري لا تعدو أن تكون أمثلة لمخالفة الدستور مخالفة موضوعية، وليست أمثلة للانحراف بالسلطة. وأن معظم ما اعتبرته النظرية معايير موضوعية للانحراف هي في حقيقتها ضوابط للعمل التشريعي، وإذا خالفها المشرع شاب القانون عيب مخالفة الدستور وليس مجرد عيب الانحراف.

فالرجوع إلى طبيعة التشريع ذاتها لا يمكن أن يوصف بأنه معيار

موضوعي للانحراف، وإنما هو إعمال لفكرة مخالفة القانون في أبسط صورها، لأن تصرف البرلمان إما أن يكون بحسب طبيعته الموضوعية قانوناً فيعامله القضاء على هذا الأساس، وإما ألا يكون قانوناً فيعامله القضاء على أساس طبيعته الحقيقية.

أما القول بمجاوزة التشريع للغرض المخصص الذي رسم له ، فلا يتصور أن يخصص الدستور للتشريع غرضاً معيناً ، وإذا كان ذلك ممكناً فإن تجاوز تلك الغايات لا يعد انحرافا بالسلطة ، وإما يعتبر خروجاً علي النص الدستوري الذي حدد المشرع هذه الغايات.

وأيضاً فإن كفالة الحقوق والحريات في حدود الموضوعية ، لا تثير بدورها فكرة الانحراف ، إذ أن مجرد النص على كفالة هذه الحقوق في صلب الدستور، وتخويل المشرع سلطة تنظيمها، يعني بالضرورة أن هذا التنظيم لا يجوز أن يصل إلى إهدار الحق، وبذلك يكون الإهدار مخالفاً للنص الدستوري الذي يقرر هذه الحقوق، ولا يحتاج الأمر إثارة فكرة الانحراف.

أما عدم احترام الحقوق المكتسبة والمساس بها في غير ضرورة، فإذا كان الدستور يجيز استثناء تقرير الأثر الرجعي لبعض القوانين، فإن تقدير مبررات الالتجاء لهذا الاستثناء تعد حينئذ من إطلاقات السلطة التشريعية. وإذا كان من المتصور نظرياً إثارة فكرة الانحراف في هذه الحالة، فإن إعمالها سيكون من أشق الأمور وأعقدها، لأن في هذا تجاوزاً لنطاق النصوص الدستورية المحددة إلى ما يعتبر من الملاءمات. أما القول بأن الإسراف في تقرير الأثر الرجعي يعد انحرافا في استعمال السلطة التشريعية، فلا يمكن التسليم به، إذ المفروض أن القضاء يباشر الرقابة بصدد تشريع معين، ولا يتصور أن يبسط هذه الرقابة على مسلك السلطة التشريعية بصدد عدة تشريعات متتابعة، وأقصى ما يمكن أن يقال في هذا الإسراف أنه سياسة تشريعية خاطئة أو مجافية لروح الدستور، وهي مجافاة سياسة يجب اللجوء في تصحيحها إلى الوسائل السياسية دون إقحام القضاء الدستوري فيها.

وكذلك يجب طرح المبادئ العليا التي تهيمن على نصوص الدستور كمعيار لدستورية القوانين، لأنها على خطورتها وأهمية إلزام السلطات العامة بها، فلا تزال تفتقر إلى الحدود الموضوعية المنضبطة التي تجعل قيام القضاء على تطبيقها أمراً مقبولاً أو مأمون العاقبة.

وبالرغم من هذه الأوجه من النقد التي وجهت إلى نظرية الانحراف في استعمال السلطة التشريعية[١]، فإننا نعتقد مع بعض الفقهاء، أن هناك حالات لا تدخل تحت إطار المخالفة الصريحة أو الضمنية للدستور، وإنما يحتاج الأمر بشأنها إلى بحث عن الغاية أو الغرض الحقيقي من التشريع. إذ قد تستتر السلطة التشريعية وراء أحد اختصاصاتها المسلم بها أو المنصوص عليها صراحة في الدستور، لتمارس نشاطاً آخر يمنعه الدستور صراحة أو ضمناً. ومن الأمثلة على ذلك أن يصدر تشريع يستر عقوبة ذات أثر رجعي، أو أن يصدر تشريع يعدل أحكام تشريع سابق بحجة تفسيره[٢]. وفي هذه الحالة فإنه من الضروري أن تقوم الجهة الموكول إليها الرقابة على دستورية القوانين بتخطي ظاهر التشريع، باحثة عن الطبيعة الحقيقية التي هدف إليها المشرع القانوني[٣].

---

(١) يري البعض من الذي انتقدوا هذه النظرية إمكان رقابة انحراف السلطة التشريعية عن طريق هيئة خاصة يقرر الدستور إنشاءها. وحدا ذلك بالدكتور عبدالحميد متولي إلى القول "أننا إذا كنا نوافق على مبدأ رقابة انحراف السلطة التشريعية. فإن الأوفق... أن توكل مهمة هذه الرقابة إلى هيئة أخري غير المحاكم العادية: إلى هيئة يقرر الدستور إنشاءها، على أن يراعي في تكوينها أن تجمع بين عناصر قضائية وعناصر سياسية غير ذات صبغة حزبية أي من رجال معروفين باستقلال الرأي...".

يراجع في ذلك : مؤلفه السابق "الوسيط في القانون الدستوري"، ص ٦٧٤.

(٢) راجع في هذين المثالين: المقال السابق للدكتور السنهوري، ص ٧٩ وما بعدها.

ويعلق أستاذنا المرحوم سليمان الطماوي على هذا الرأي بقوله "والحقيقة أن الحكم على أهداف التشريع – حيث لا يضع الدستور قيوداً صريحة أو ضمنية – يجب أن يترك للشعب ولممثليه، لأن هذا الموضوع يجاوز نطاق القانون إلى نطاق السياسة والاجتماع".

- راجع في ذلك: مؤلفه السابق، مبادئ القانون الدستوري، هامش رقم (١) ص ١٢٥.

(٣) أنظر في هذا المعني : الرقابة على دستورية القوانين للدكتور/ أحمد كمال أبو المجد، هامش ص ٥٩٦.

والواقع أن ما انتهي إليه الفقيه الكبير هو ما انتهينا إليه في رسالتنا سالفة البيان وهو ما يوضح طغيان أثر شخصية الدكتور السنهوري على الفقهاء وحيث لا يتصور وجود رأي قانوني يعارض بموضوعية ما انتهي إليه الفقيه الكبير من اتسام عيب الانحراف التشريعي بالطابع الشخصي.

كما أشارت رسائل جامعية إلى مقالة د. السنهوري بوصفها المعين الوحيد في مجال الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع فأشارت أحد الرسائل[1]:

إذا ما التزمت سلطة التشريع الضوابط الشكلية السابقة، فإن ذلك لا يعني أن القانون الصادر عنها أصبح مبرءاً من كافة العيوب الدستورية، أو أنه أصبح بعيداً عن الرقابة الدستورية، إذ أن هناك قيوداً موضوعية فرضها الدستور على السلطة التشريعية، ويجب عليها مراعاتها عند وضع أي تشريع، هذه الضوابط قد تكون ضوابط عامة، كما قد تكون نصوصاً محددة، وتأتي أهمية الضوابط العامة في أن للتشريع طبيعة يتميز بها عن القرار الإداري، هي كونه قاعدة عامة مجردة فلا يجوز أن يخرج ما يصدر عن السلطة التشريعية عن هذه

ولقد برر الدكتور كمال أبو المجد، إباحة الرقابة في هذه الحالة بأن "إجازة هذا التحايل تقضي على القيمة الحقيقية للقيود الدستورية وتفتح باباً خطيراً أمام المشرع للعدوان على حقوق الأفراد وهو في مأمن من رقابة القضاء، مادام يخفي عدوانه هذا وراء ستار من اختصاصاته المشروعة. كما أن بسط الرقابة على هذا النوع ليس إلا استعانة طبيعية بسلطة القضاء في تفسير النصوص القانونية، فإذا تكشف له مضمونها الحقيقي انتقل بعد ذلك إلى البحث في مدي توافقه مع النصوص الدستورية. وأيضاً فإن هذه الصورة من صور المخالفات التشريعية ليست مما يسهل التعويل في تصحيحه على الوسائل السياسية، إذ هي مخالفة مستترة ظاهرها الصحة وباطنها الفساد. ومن ثم احتاج الأمر إلى خبرة القضاء ودرايته الفنية ليكشف عن حقيقتها ويرد الأمر فيها إلى نصابه الدستوري".

د. رمزي الشاعر المرجع السابق ص ٧٠٨.

(١) د. عبدالعزيز سالمان رقابة دستورية القوانين رسالة جامعة عين شمس ١٩٩٤ ص ٣٤١.

الطبيعة، فإذا خرج عن العمومية والتجريد، كان تشريعاً باطلاً وغير دستوري، ولا يمنع من عمومية التشريع وتجريده ألا يطبق التشريع بالفعل إلا لمرة واحدة، أو ألا يطبق بالفعل إلا على فرد واحد، كما لا يمنع من ذلك أن يكون التشريع مقصوراً على مكان معين، أو موقوتاً بمدة محدودة، والقيود التي ترد بها نصوص دستورية محددة تختلف من دستور لآخر، لكن يجمعها أنها يجب ألا تطغي على الأصل العام بالنسبة للسلطة التشريعية ، والأصل العام أن للمشرع سلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق بالتشريع، فله أن يفاضل بين بدائل وخيارات موضوعية بالنسبة للتنظيم التشريعي الذي يتغياه دون أن يفرض عليه طريقاً بذاته يجب إتباعه، أو توجيهاً محدداً يتعين عليه التزامه، فسلطة المشرع التقديرية تكاد تستغرق النشاط التشريعي، وهي على اتساعها لا تعني نقض الحقوق التي يتولاها المشرع بالتنظيم أو الانتقاص منها، لكن للمشرع أن ينظم ممارسة الحقوق الفردية، وذلك بأن يضع شروطاً تحدد المراكز القانونية التي يتساوي أمامها الأفراد ويتساوون بها أمام القانون، بحيث إذا توافرت هذه الشروط في طائفة من الأفراد وجب إعمال القانون، بحيث إذا توافرت هذه الشروط في طائفة من الأفراد وجب إعمال المساواة بينهم لتماثل ظروفهم. إلى جانب هذا الأصل العام، يوجد الاستثناء، وهو بدوره يندرج من الاتساع والتضييق إلى درجة تكاد تنعدم فيها حرية المشرع في التشريع، فقد يفرض المشرع الدستوري على المشرع العادي قيداً في تنظيم موضوع معين تنعدم بصدده حرية الأخير في التنظيم، ومن أهم هذه القيود ما نصت عليه المادة ٣٤ من دستور ١٩٧١ من أن "الملكية الخاصة مصونة، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلى في الأحوال المبينة في القانون، وبحكم قضائي ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقاً للقانون، وحق الإرث فيها مكفول"، فإذا ما صدر تشريع عادي مقرراً فرض الحراسة بغير حكم قضائي أو ناصاً على نزع ملكية بعض المنشآت دون تعويض فإن مثل هذا القانون يعتبر قانوناً غير دستوري لخروجه على قيد موضوعي صريح في الدستور، كذلك ما نصت عليه المادة ٣٦ من الدستور التي تقرر أن "المصادرة العامة للأموال محظورة،

ولا تجوز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي، فإذا صدر قانون يجيز المصادرة الخاصة بقرار "إداري أو حتى بموجب ذات القانون، فإنه يعتبر قانون غير دستوري متعيناً الإلغاء، ومحلاً للرقابة أمام المحكمة الدستورية العليا".

كذلك ما نصت عليه المادة ٤٤ من ذات الدستور "للمساكن حرمة، فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب وفقاً لأحكام القانون "فالقانون الذي يصدر بتنظيم إجراءات التفتيش ، لابد أن يراعي أنه لا يتم إلا بأمر قضائي، فإن ميثل هذا التشريع يعتبر غير دستوري، وكذلك يعتبر من أهم القيود ما نصت عليه المادة ٦٦ من الدستور "العقوبة شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون"، فلا يجوز بناء على هذا النص صدور تشريع يخل بمبدأ شخصية العقوبة أو يتعارض مع مبدأ لا عقوبة ولا جريمة إلا بقانون، أو يسمح بتوقيع عقوبة دون صدور حكم قضائي بتوقيعها، وكذلك لا يجوز للمشرع أن يصدر قانوناً يتناقض مع مبدأ سريان القوانين الجنائية، بأن يبيح توقيع العقوبة بأثر رجعي، فإذا ما صدر قانون يبيح ذلك، فإنه يعتبر قانوناً غير دستوري، وكذلك ما نصت عليه المادة ٦٧ من الدستور التي تنص على أن "المتهم برئ حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية، تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه" فسلطة المشرع في هذا المجال تكاد تكون منعدمه، فلا يمكن أن يصدر تشريعاً يعتبر المتهم مذنباً إلى أن يستطيع إثبات العكس، كذلك ما نصت عليه المادة ٦٨ من ذات الدستور من أن "التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا، ويحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو إقرار إداري من رقابة القضاء".

فالسلطة التشريعية بموجب هذا النص محظور عليها الإخلال بحق

التقاضي، أو المساس به ، أو إبعاد أي عمل أو قرار إداري عن رقابة القضاء. وهو ما كان كثير الحدوث قبل صدور دستور سنة ١٩٧١، وهو ما سوف نتحدث عنه تفصيلاً عند الحديث عن أثر المحكمة الدستورية العليا في المجتمع المصري.

وإذا كانت السلطة التقديرية للمشرع تكاد تختفي في الأمثلة السابقة فإن هناك حالات أخري تكون فيه السلطة التقديرية والسلطة المقيدة في وضع متوازن، فهناك قيود لكنها من المرونة بحيث تسمح للمشرع بتنظيم تلك الأمور المنصوص عليها، ومثالها ما نصت عليه المادة ٤٧ من الدستور التي تنص صراحة على "حرية الراي مكفولة، ولكل إنسان التعبير عن رأيه، ونشره بالقول أو الكتابة أو بالتصوير، أو غير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون، والنقد الذاتي والنقد البناء ضمان لسلامة البناء الوطني "فالقانون الذي يصدر بتنظيم حرية الراي لابد أن يكون نصب عينيه، ذلك أن النص الدستوري من تمكين الأفراد من مباشرتها بأي طريق ملائم ، وكذلك ما نصت عليه المادة ٨٨ من الدستور". يحدد القانون الشروط الواجب توافرها في أعضاء مجلس الشعب ، ويبين أحكام الانتخاب والاستفتاء، على أن يتم الاقتراح تحت إشراف أعضاء من هيئات قضائية "فوفقاً لهذا النص تستطيع السلطة التشريعية أن تحدد أحكام الانتخاب والاستفتاء كيفما تشاء، مقيدة بأن تتم عملية الاقتراح تحت إشراف أعضاء من الهيئات القضائية، والأمثلة علي ذلك عديدة ولا مجال لحصرها[1].

وفي إطار بحثه عن ضمانات الحريات الأساسية في القضاء الدستوري أشار أحد الباحثين[2]:

---

(١) د. عبدالعزيز سالمان المرجع السابق ص ٢٤٣.

(٢) د. عبدالحفيظ على عبدالحفيظ الشيمي القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية رسالة جامعة القاهرة سنة ٢٠٠ ص ٣٣٣.

حاول الفقه وضع ضوابط معينة أو حدود فاصلة بين ما يعتبر تنظيماً للحرية وبين ما يعتبر تقييداً لها، وبالتالي بين ما يعتبر مدعماً من ممارسة الحرية، وبين ما يكون مؤثراً بالسلب لممارستها، فقد وضع السنهوري معياراً لما يعد مجرد تنظيم للحرية وما لا يعد تنظيماً لها، محدداً "أن الدستور عندما يعهد إلى البرلمان بسلطة تنظيم الحريات إنما يخوله سلطة تقديرية لتنظيم الحريات بشرط ألا ينحرف بها عن الغرض المرسوم، ذلك أن الدستور لم يقصد نقض الحريات والحقوق العامة أو الانتقاص منها، بل قصد تنظيمها. فإذا خرج المشرع على هذا الغرض، فنقض الحريات والحقوق العامة أو انتقص منها، كان التشريع مشوباً بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية، ومن ثم يكون باطلاً"(١).

وقد ضرب لنا أمثلة كثيرة نكتفي أن نورد أحدها، الحق في تكوين الجمعيات وكيفية استعمال هذا الحق يبينها القانون، فلو صدر تشريع ينقض حرية الاجتماعات العامة أو ينقص منها انتقاصا خطيرا، كان التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية . كذلك يكون باطلاً لانحراف أي تشريع ينظم استعمال حق تكوين الجمعيات فينقص تحت ستار التنظيم هذا الحق أو ينتقص منه انتقاصا خطيرا. أما إذا صدر تشريع ينص على سلب المصريين حق تكوين الجمعيات في ناحية أو في أخري، كان هذا التشريع باطلاً لمخالفته لنصوص الدستور.

ويؤخذ على هذا الرأي في مجال تنظيم الحقوق والحريات من ناحية أولى ، أنه ربط تنظيم الحرية وبين الانحراف التشريعي أي بين الانتقاص من الحق أو الحرية وبين إعمال الانحراف التشريعي ذلك أن القضاء الدستوري وبسهولة سوف يعلن عدم دستورية القانون الذي ينقص من هذه الحرية أو الحق دون حاجة إلى اللجوء إلى فكرة الانحراف التشريعي، وهذا ما تؤكده أحكام

---

(١) راجع دكتور عبدالرزاق السنهوري : مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مقالة سابقة، ص ٥٢، ٧٤.

وقرارات القضاء الدستوري في القانونين المصري والفرنسي[١].

ومن ناحية ثانية، - كما أشرنا من قبل - أن القضاء الدستوري قد اعترف للمشرع بالحق في تقييد بعض الحقوق والحريات، ليس هذا فحسب بل أجاز له الذهاب حتى منع ممارسة هذا الحق نهائياً على فئة معينة من الأفراد، واعتبر هذا المنع صورة من صور التنظيم لهذا الحق - مثل الحق في الإضراب - وذلك نظراً لأن الاعتراف بممارسة بعض هذه الحقوق قد تخل ببعض الحقوق الأساسية للبلاد. أيضاً بصدد حرية التعبير بواسطة الإذاعة والتلفزيون فإن المجلس الدستوري قبل خضوع هذه الحرية لنظام الترخيص السابق، وترتيباً على ما سبق لا يمكن وفقاً للاتجاه السابق أن نصف هذا القانون المنظم للحق في الإضراب ، بأنه مشوب بعيب الانحراف في استعمال السلطة - نتيجة لحرمان فئة من الأفراد من ممارسة هذا الحق والذي يعتبر وجودهم بالمرفق ضرورياً لتحقيق الخدمة العادية. فضلاً عن ذلك توجد بعض الحريات بحسب طبيعتها تقبل التقييد وذلك إما لأن إطلاقها يتعارض مع حماية الأمن، مثل حرية الذهاب والإياب، وخاصة في حالات البحث عن مرتكبي المخالفات والجرائم، وإما لأن إطلاقها يتعارض مع مبدأ استمرارية المرافق العامة، مثل الحق في الإضراب، وفي جميع هذه الحالات من الصعب إن لم يكن من المستحيل إثبات الانحراف في استعمال السلطة.

من ناحية ثالثة وأخيرة، أنه يؤخذ على هذا المعيار بحق كما انتقده الفقه بأنه لا يمكننا من التمييز بين ما إذا كنا بصدد تقييد أو انتقاص جسيم أو خطير وما لا يعتبر كذلك، حتى يمكن وصف هذا التقييد أو الانتقاص بأنه انحراف في.

---

(١) كما نرفض الرأي القائل بصدد رفضه لنظرية الدكتور السنهوري بأن "المشرع الدستوري عندما يخول للمشرع تنظيم حرية من الحريات إنما يخوله الحق في أن ينتقص من هذه الحرية، فإن من له حق التنظيم لإحدى الحريات له حق وضع قيود على تلك الحرية والقيود تنطوي بداهة على الانتقاص من الحرية "دكتور نعيم عطية، مساهمة في النظرية العامة للحريات الفردية، المرجع السابق، ص ١٦٣.

استعمال السلطة، وما لا يعد انتقاصا جسيماً ومن ثم لا يعتبر انحرافا في استعمال السلطة[١].

وذهب أحد الباحثين في رسالته إلى[٢]:-

ابتدع هذا العيب مجلس الدولة الفرنسي، كسبب لإلغاء القرارات الإدارية، وذلك منذ أكثر من قرن ونصف من الزمان، إلا أن هذا العيب يعتبر أحدث من ذلك بالنسبة للقضاء الدستوري، وكانت الريادة والكلمة الأولي بشأنه لأستاذ الأجيال في مصر المرحوم/ عبدالرزاق باشا السنهوري رئيس مجلس الدولة الأسبق في مقاله له نشرت في عام ١٩٥٢، ومازال هذا المقال بما حواه مرجعاً أساسياً لفقهاء مصر في عصرها الحديث بشأن هذا الأمر[٣]. وذلك ما يؤيد الاعتناق المبكر لمجلس الدولة في مصر في مسألة وجوب الرقابة الدستورية منذ عهد ليس بالقريب، وكان ذلك بمناسبة تعرض قسم التشريع بمجلس الدولة لبحث مشروع قانون قدمته وزارة الصحة العامة في تلك الفترة حددت فيه شرطاً لممارسة مهنة العلاج النفسي[٤].

وهكذا استند قسم التشريع بمجلس الدولة بـ "الغرض من إصدار القانون" ويبين أن الغرض الخاص، لا يجوز أن يكون محلاً لقانون، الأصل فيه أنه عام ومجرد، وذلك في حقيقة الأمر ما يوضح ما هو المفهوم والمدلول من عبارة "الانحراف التشريعي" بمعناه الصحيح، أي ما هي الغاية من التشريع. ذلك أن عمومية التشريع وتجرده، يحددان الغاية من وراء أي تشريع الا وهي

---

(١) دكتور نعيم عطية، المرجع السابق، ص ١٦٩ ـ ١٧٠.

(٢) د. عبدالحميد حسن حماية الحقوق والحريات في أحكام المحكمة الدستورية العليا رسالة جامعة القاهرة سنة ١٩٩٩ ص ٤٠٣.

(٣) عبدالرزاق السنهوري: "مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية" مقال في مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة، يناير ١٩٥٢، ص ٧٩ وما بعدها.

(٤) د. محمد ماهر أبو العينين: "الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته" رسالة، دار النهضة ١٩٨٧، ص ٩١٩ وما بعدها.

"المصلحة العامة" . فلو تغيا المشرع غير هذه المصلحة ، من أجل تحقيق مصلحة فردية أو طائفية أو حزبية أو سياسية، أو على العكس من ذلك كان مستهدفاً الإضرار بفرد ، أو مجموعة من الأفراد بذواتهم، وكان التشريع، في كل هذه الصور موصوماً بعيب الانحراف بالسلطة التشريعية، حيث أنه قد تغيا أمراً غير ما تقتضيه المصلحة العامة.

ولكن ربما يثور هنا لبس في الفهم أو الفكر إذا ما عرض عيب "الانحراف بالسلطة التشريعية" على استقلال من دون باقي العيوب الموضوعية، خاصة في ضوء المبادئ المستقر عليها، والسابق الإشارة إليها والتي من أهمها أن للمشرع سلطة تقديرية في تنظيم الحقوق، وأن تقدير ملاءمة التشريع هو من إطلاقات المشرع.. الخ. إلا أن هيئة مفوضي الدولة، بالمحكمة العليا، استطاعت أن تبين بوضوح شديد استقلال هذا العيب - أي عيب الانحراف التشريعي - عن باقي العيوب الموضوعية، وأوضحت بجلاء مضمون هذا العيب[1].

وهكذا، فقد عرضت تلك المذكرة من هيئة مفوضي الدولة إلى تبيان الضوابط والقواعد التي يجري عليها القضاء الدستوري في بعض الدول الآخذة بهذا النظام عند رقابه لدستورية القوانين من الناحية الموضوعية بغرض تبيان مدي سلطة المحكمة في مراقبة ما يشوب القانون من عيوب موضوعية، وهذه الضوابط كلها يجمعها إطار عام ، هي أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين هي رقابة مشروعة ذات طابع قانوني مجرد، وعلى هذا الأساس لا يدخل في مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأمور مثل ضرورة التشريع أو عدم ضرورته، وملاءمة التشريع وحكمته، والخوض في بواعث التشريع.

---

(١) أنظر : مذكرة هيئة مفوض الدولة في الدعوى الدستورية رقم ٦ لسنة ١ ق دستورية في ١٩٧١/١١/٧ ـ المستشار ياقوت العشماوي ص ١١٠، رقم ٣، خاصة ص ١٥٢ وما بعدها.

أما حين تسعي الهيئة التشريعية في ستار من اختصاصاتها المشروعة إلى ممارسة نشاط محظور منظور إلى بواعثه الحقيقية، فإن اتجاه القضاء في هذه المسألة يشوبه الاضطراب وعدم الوضوح ، وإن كان قد اتجه في بعض أحكامه إلى أن "تحقيق الأغراض غير المشروعة لا يمكن أن يسمح به تحت ستار ممارسته الاختصاصات المقررة المشروعة"، ويميل الفقه إلى هذا الاتجاه ويؤيده، قطعاً للتحايل وسداً لذرائع الاعتداء على الحريات والحقوق بأساليب ملتوية في ستار من الاختصاصات المشروعة.

ومما سبق يتضح أنه يتعين عند الحديث عن هذا العيب من العيوب الموضوعية، أن نفرق جيداً وباهتمام بين "ملاءمة التشريع" والهدف منه . فملاءمة التشريع مسألة تتعلق بالباعث الذي دفع المشرع إلى إصداره، بموجب ما يتمتع به المشرع من سلطة تقديرية، فهو قد اختار أحد الحلول دون الحلول الأخرى، وهو يختار "التوقيت" الذي يصدر فيه القانون وبالتالي فإن كان هذه الأمور هي من الملاءمات ، التي لا يمكن أن تخضع لرقابة القضاء الدستوري، وعلى العكس من ذلك، فإن الغاية التي يسعي المشرع إلى تحقيقها، لابد وأن تكون دائماً المصلحة العامة، فلو انحرف عنها، اعتبر منحرفاً عن الغاية المشروعة. ولا شك في أن "البواعث ، قد تؤثر على الغايات، ولكن الرقابة الدستورية تنصرف إلى الغايات دون البواعث، ذلك لأن البحث في البواعث ينصرف إلى النوايا، وهو أمر يخرج عن إمكانية التقدير الموضوعي".

والملاحظ أن القضاء الدستوري في مصر مازال متردداً في الأخذ بهذه الصورة من صور العيوب الدستورية – حقاً أن القضاء الدستوري في مصر ، قد تعرض لهذا العيب وناقشه، بمناسبة الطعون التي قدمت إليه، خاصة وأن بعض تقارير هيئة مفوضي الدولة ذكرت هذا العيب صراحة، واعتبرته كافياً لنعي القانون بعدم الدستورية، ولكن القضاء المتخصص تجنب الاستناد إلى هذا العيب للقول بعدم دستورية القوانين، أو ربما تحاشي ذلك؟ وذلك ما يتضح من بعض تقارير هيئة المفوضين لدي المحكمة العليا.

وصفوة القول ، فإنه فيما يتعلق بدور القاضي الدستوري، فإنه عند وجود انحراف تشريعي في القانون، وإقامة الأدلة والقرائن على ذلك، فإن المحكمة الدستورية العليا تلتزم قطعاً بمناقشة هذه الأدلة والقرائن، إما لتستنتج منها وجود انحراف تشريعي، أو تنتهي إلى عدم وجود هذا الانحراف لعدم اقتناعها بهذه الأدلة، وهذا البحث من قبل المحكمة هو أمر أساسي، لأن الدفع بأن غاية القانون غير مشروعة، هذا الدفع جوهري في نطاق القانون العام، ذلك أن صدور قانون لغير الصالح العام يجعله في الواقع صادراً من غير مختص، لأن أساس اختصاص البرلمان بإصدار قوانين هو في أن تكون هذه القوانين صادرة للصالح العام. فإذا لم تكن كذلك، فلا أساس لمنح البرلمان هذه السلطة، ومن هنا خطورة الدفع بأن القانون لم يصدر للصالح العام، ويظل البحث في صحة هذا الدفع أمراً جوهرياً يتعين على المحكمة أن ترد عليه.

وفي مجال الرد على هذا الدفع يمكن للمحكمة أن تسلك أحد طريقين **الطريق الأول**، هو أن تتبين المحكمة مدي تحقيق القانون للصالح العام، وهو ما يجعلها تقوم بعملية تقييم لهذا الصالح العام، أي أنها تقوم بفحص ملاءمة الغرض ومدي تناسبه في تحديد مضمون الصالح العام، أو أن تقوم المحكمة بتخصيص هدف معين من الأهداف التي منحها الدستور للمشرع لتقيس على مقتضي التخصص صحة الهدف من القانون. وفي هذه الحالة أيضاً تعرض المحكمة هدفها المخصص على المشرع ، كقيد موضوعي لا يجوز له أن يتجاوزه، وهنا نصل أيضاً إلى مدي كبير من تدخل المحكمة الدستورية العليا في عمل المشرع والسلطة التشريعية. فما لم يخصصه الدستور من أهداف لا يجوز للمحكمة أن تخصصه كقاعدة عامة. وهذا التدخل من قبل المحكمة يدفعه إليها غموض فكرة الصالح العام وعدم إمكان تحديدها إيجابياً. **أما الطريق الثاني**، فهو التثبت من عدم اتجاه القانون لتحقيق مصالح تتعارض مع فكرة الصالح العام. إن البحث في وجود غايات خفية يضمرها مصدر القانون قد تتعارض مع المعني الواسع لفكرة الصالح العام ، وهذه طريقة البحث في الانحراف التشريعي دونما تدخل في تحديد ماهية الصالح العام أو فرض صالح عام معين على المشرع أن يتبعه[1].

---

(١) د. عبد الحميد حسن المرجع السابق ص ٤٠٦.

المبحث الثاني
الفقه الحديث وعيب الانحراف التشريعي

يمكن الإشارة إلى أن هناك رسالتان للدكتوراه تناولتا موضوع الانحراف التشريعي بالفهم الذي انتهينا إليه في رسالتنا سالفة البيان أحدي هاتين رسالتين أشارت بوضوح إلى الفكرة الذاتية للانحراف وتناولت الأخرى باستفاضة وتوضيح كبير ما انتهينا إلي في رسالتنا حول عيب الانحراف حيث أن عيب الانحراف كان محور الرسالة الأخيرة ويبين صاحبها كافة ضوابط وسمات عين الانحراف التشريعي الذي تناولناه" في رسالتنا.

ففي الرسالة الأولي(١) ذهب صاحبها:

يمكن تعريف الانحراف بالسلطة بصفة عامة بأنه استعمال إحدى السلطات العامة لصلاحياتها، بشكل متعمد، لتحقيق هدف آخر غير الهدف الذي منحت من أجله تلك الصلاحيات.

ويقرر جانب من الفقه المصري أن الانحراف التشريعي والكشف عنه يعد الباب الأخير الذي يطرقه القاضي الدستوري للتثبت من عدم مخالفة التشريع للدستور، فهو يبحث في أمر حيوي سواء اعترف بأنه يبحث في هذا الأمر أم أنه لا يبحث فيه فهو ملزم بالرد على كل دفع يبديه أصحاب الشأن وينعون فيه على القانون تنكبه للصالح العام.

فإذا تحقق عيب الانحراف في شأن تشريع معين، فإن الجزاء الذي يترتب على قيام هذا العيب هو بطلان هذا التشريع المخالف للدستور، وإذا كانت المحكمة العليا ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا لم يصدر عنها أحكام بعدم الدستورية للانحراف في استعمال السلطة التشريعية، فليس هناك ما يحول

---

(١) د. شعبان أحمد رمضان ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين رسالة جامعة أسيوط دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٠.

دون صدور مثل هذه الأحكام إذا تحقق عيب الانحراف وحده دون غيره من العيوب الأخرى في تشريع مطعون عليه بعدم الدستورية[1]. وهو ما يصدق على الوضع أمام المجلس الدستوري الفرنسي، والمحكمة العليا الأمريكية.

وأما الرسالة الأخرى فلأن عنوانها[2] كان قائماً على التعرض لعيب الانحراف التشريعي بصورة مستفيضة يمكن القول بأن صاحب الرسالة تبنى كافة ما نادينا به وضوابط وأركان خاصة بعيب الانحراف وأقر بالطابع الذاتي لهذا العيب وسائر المقترحات التي تبرره والتي سبق وعرضنا لها في القسم الأول من هذا المؤلف وكان الاختلاف مع رسالتنا يتناوله بعض جوانب فنية شديدة الدقة في تحديد مكان العيب في أركان القانون.

وقد أكد صاحب هذه الرسالة ذات المفاهيم والأسس التي أقمناها لعيب الانحراف فذهب نقلاً عنا إلى أن البحث في التشريع المستتر يمثل منهج القاضي الدستوري عند بحث الانحراف في استعمال السلطة التشريعية حيث أن أوضح صور الانحراف هي التي يكون فيها ظاهر التشريع متفقاً مع الدستور في حين أنه في حقيقة الأمر قصد به غرضاً يخالف الأغراض التي ينص عليها الدستور، ومن هنا كان الخلاف مع أ.د. أبو المجد فيما انتهي إليه من أن القاضي يستطيع القضاء على هذا التحايل مستعيناً بسلطته في التفسير، فالبحث في حقيقة هذه التشريعات المستترة تتجاوز فكرة التفسير هذه ولا نعد مغالين إذا قلنا أن فكرة التفسير وفكرة التكييف هما السبب في عدم الاعتراف بوجود عيب

---

(١) د. عادل عمر شريف، قضاء الدستورية، المرجع السابق، ص ٣٨٦ ، د. عبدالعزيز محمد سالمان، رقابة دستوري القوانين، رسالة دكتوراه – جامعة عين شمس، سنة ١٩٩٤، ص ١٠٤.

وفي نفس المعني : د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري ، المرجع السابق، ص ٥١٦؛ د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص ٥٩٦.

(٢) د. عبدالمنعم عبدالحميد إبراهيم شرف المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي رسالة كلية الحقوق – جامعة القاهرة سنة ٢٠٠١.

الانحراف مستقلاً وقائماً بذاته عنهما بحيث أنه إذا توصلت المحكمة إلى عدم دستورية تشريع لأنه يسعي إلى تحقيق أغراض تخالف الصالح العام أو أن حقيقة الأغراض لا تتفق مع الأغراض المعلنة بما يجعل الأخيرة ستاراً لمخالفة دستورية تنتهي المحكمة إلى أنها تبحث في حقيقة التشريع أو بالاصطلاح الفني تكييف التشريع وهذا غير صحيح(١).

وعلى ذلك فإنه لا يمكن التسليم بقول أ. د. أبو المجد أن المحكمة تصل إلى حقيقة التشريع عن طريق التفسير إلا إذا أضفنا إلى كلمة التفسير هذه "إرادة المشرع" بقصد معرفة غايته الحقيقية، وهنا يكون الأمر قد اتضح وظهرت معالمه، فالمحكمة تعمل على أن تكتشف حقيقة ا لتشريع من الغرض الذي استهدف من إصداره وبدون هذا الغرض لا يمكن للمحكمة أن تكتشف حقيقة هذا التشريع، أما القول بأن في ذلك مثلاً تكييفاً لحقيقة التشريع فهو قول لا يقوم على أساس صحيح، لأن التكييف لا يقوم إلا على وقائع ليردها إلى فهم القانون لها أما تكييف الأوصاف القانونية أو الشروط أو التصرفات فهو لا يعتبر تكييفاً بل إضفاء وصف معين وهذا الوصف لا يتأتي أيضاً إلا بمعرفة حقيقة التصرف ذاته، فعملية إضفاء الوصف القانوني أو التكييف الدستوري للتشريع – إن انتهينا إلى ذلك – لا يمكنها بذاتها أن تكشف صحة أو بطلان التشريع ولابد لصحة إضفاء الوصف الدستوري أن يكون هذا الوصف ذو أركان وعناصر واضحة بحيث يمكن القول أنه بغير التعرف على نية المشرع لا يمكن للقاضي أن يصل إلى الوصف الدستوري الصحيح للقانون، لأنه بغير هذه النية لن تتضح حقيقة التشريع(٢). فالانحراف مخالفة مستترة وليست صريحة لأنها إذا أفصحت عن نفسها كانت في الوسائل الأخرى التي يملكها القاضي لإبطال التشريع الكفاية لمعالجتها، فالفارق الدقيق للحالات التي يمكن كشف عدم دستوريتها عن طريق الانحراف وتلك التي يظهر عدم دستوريته لأول وهلة إنما يكمن في الوقوف على حقيقة الأسلوب الذي يتبعه القاضي في كل من

---

(١) د. محمد ماهر أبو العينين: المرجع السابق، ص ٢٨١.

(٢) د. محمد ماهر أبوالعينين، المرجع السابق، ص ٢٨٣، ٢٨٤.

الحالتين، حيث إنه في حالات التفسير فإن القاضي الدستوري يقوم بتفهم معنى اللفظ الدستوري ومقارنته بألفاظ التشريع الظاهرة وإذا استخرج القاضي المعني غير الدستوري من جملة ألفاظ ونصوص القانون وما تهدف إليه لم يكن هذا تفسيراً لأنه استعان في التفسير بنية المشرع لا ليحكم بها ولكن ليحكم عليها فكان حكمه في الواقع على هذه النية وقام بعد ذلك بإثبات الدليل على هذه النية ، فمثلاً في حالة التشريع الذي يستر عقوبة مقنعة ذات أثر رجعي قد يبدو لأول وهلة أنه من السهل اكتشاف حقيقة التشريع وأنه يتضمن عقوبة لكن هذا الاكتشاف لو تم دون بحث عن نية المشرع أو غرضه كان التشريع باطلاً لمخالفته الدستور ولكن الأمر لا يكون بهذه البساطة لأنه غالباً ما لا تكون النصوص وحدها كاشفة لحقيقة التشريع وإلا كانت مخالفة صريحة للدستور والقائلون بأن القاضي لا يمكنه البحث في نوايا المشرع وأغراضه وحسبه أن يتأمل أحكام التشريع من الناحية الموضوعية ليكتشف حقيقته إنما يتجاهلون أنه لا يمكن إهمال غرض ونية المشرع لتوضيح حقيقة التشريع لاسيما وأن هذا الغرض والنية يمكن بعد ذلك ومن خلال تحليل التشريع إثباتها، أما التعويل على التأمل الموضوعي لنصوص التشريع لن يفيد إلا إذا كانت صياغة التشريع واضحة الدلالة على قصد المشرع وهذا لا يتحقق في أغلب الأحيان، وقصد من ذلك كله توضيح أنه قلما تكون نصوص التشريع وحدها مظهرة حقيقة التشريع وأنه باستظهار الغاية الحقيقية للمشرع سيكون الحكم على هذه الغاية التي ستنطبع على التشريع فتغير من عناصره وأركانه(١).

فعيب الانحراف التشريعي يقوم بالموازنة بين الغرض الحقيقي من التشريع، والغرض الذي أعلنه المشرع، حيث إن المشرع هو الذي يبين غرضه الظاهر، فإذا أثبتنا أن هذا الغرض الظاهر لا يتطابق مع الغرض الحقيقي كان هناك انحراف عن الصالح العام، وما الكشف عن التصرف المستتر في أغلب حالات الانحراف إلا مظهراً أن المشرع استند إلى اختصاصه الظاهر بأمر من

---

(١) د. محمد ماهر أبو العينين : المرجع السابق، ص ٢٨٦، ٢٨٧.

الأمور ليعالج أمراً آخر غير مختص به، أمر لا يجوز له أن يتطرق إليه، وليس من مؤدي الانحراف أنه يبحث في التصرف الخفي من حيث صحته أو بطلانه بل الحكم هنا على الغاية الحقيقية التي يؤدي التوصل إليها إلى الكشف عن العيب الحقيقي في التشريع(١).

وعلى ذلك فالقانون لا يستبعد من مجال إساءة استعمال السلطة، فيتصور صدور قانون يستهدف الانتقام من الخصوم السياسيين للأغلبية البرلمانية، أو يرمي إلى تحقيق منافع شخصية لبعض الأنصار والأعوان، فالبرلمان رغم تمثيله للشعب ليس منزهاً عن الهوى أو الانحراف في استعمال السلطة التشريعية(٢).

ولكن نظرية الفقيه د. السنهوري قد تعرضت للنقد، وكان النقد الأساسي للنظرية، هو قياس السلطة التقديرية للمشرع على سلطة الإدارة التقديرية ، حيث ذهب البعض إلى أن الفارق بين السلطتين فارق في الجوهر وليس في الدرجة، كما أن الحالات التي قال د. السنهوري أنها منطوية على انحراف في استعمال السلطة التشريعية، هي – في الواقع – مخالفات موضوعية للدستور(٣).

وفي الواقع أننا نري أن الفارق بين السلطة التقديرية للإدارة والسلطة التقديرية للمشرع ليس فارق في الجوهر، ولكنه فارق في الدرجة فقط، حيث يتمتع كلاهما بالسلطة التقديرية ، وإن كانت السلطة التقديرية للمشرع أوسع من السلطة التقديرية للإدارة، فالفارق في الدرجة فقط وليس في الجوهر، ومادام أن المشرع يتمتع بالسلطة التقديرية – وهي الأصل – والتقييد هو الاستثناء – فإنه إذا لم يراع هذه السلطة التقديرية واستعملها لتحقيق غاية أخري غير تلك التي

---

(١) د. محمد ماهر أبو العينين: المرجع السابق، ص ٢٨٨

(٢) د. ماجد راغب الحلو: القانون الدستوري، المرجع السابق، ص ٣٢٤.

(٣) د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية "دراسة مقارنة" ، الطبعة السادسة، مطبعة جامعة عين شمس ، ١٩٩١، ص ٤٤.

من أجلها منحه الدستور هذه السلطة، فإنه يكون قد انحرف في استعمالها ، ويجب على القاضي الدستوري – هنا – فرض رقابته على المشرع إعلاءاً للشرعية الدستورية، حماية لحقوق الأفراد وحرياتهم. فرقابة القاضي للمشرع عندما ينحرف في استعمال السلطة التشريعية ضرورة، باعتبارها خط الدفاع الأخير الذي يلجأ إليه القاضي الدستوري منعاً لتحايل المشرع وخروجه على الدستور – خروجاً ضمنياً أو باطناً – حيث إنه لا يمكن أن نترك المشرع يصدر من التشريعات الصحيحة ظاهراً، ولكنها في حقيقتها وباطنها باطلة دون رقابة. فرقابة الانحراف التشريعي هي التي تحول دون صدور تشريع مخالف للدستور، حيث إن المشرع يذكر – دائماً للتشريع أسباباً تمت بالمصلحة العامة، مع أنه بالبحث عن الغاية الحقيقية للمشرع يظهر أنه قد انحرف في استعمال سلطته التشريعية.

وعلى الرغم من أن جانباً من الفقه قد تناول عيب الانحراف التشريعي إلا أنه لم يحاول واحد منهم أن يضع تعريفاً للانحراف بالسلطة التشريعية، وكل ما فعله هؤلاء الفقهاء أنهم كانوا يتساءلون هل يمكن للمشرع أن يسعي – وهو يستعمل سلطاته – إلى تحقيق غاية أخري غير تلك التي من أجلها منح هذه السلطات.

ولما كان الفقه لم يضع تعريفاً للانحراف بالسلطة التشريعية وإنما تساءل فقط عن إمكانية وجود هذا العيب، لذلك فإننا تأسيساً على هذه التساؤلات، وعلى ما استقر في الفقه والقضاء الإداريين فإننا نستخلص تعريفاً للانحراف التشريعي مؤداه، أن الانحراف التشريعي هو "أن تتجه السلطة التشريعية وهي بصدد استعمال سلطتها التقديرية إلى تحقيق هدف آخر غير ذلك الذي من أجله منحها الدستور هذه السلطة" . وهكذا فإن السلطة التشريعية يمكنها سن تشريعات لآية غاية أرادت، حيث لا توجد قواعد قانونية في الدولة تحصر أو تقيد الأهداف التي يمكن أن تسعي السلطة التشريعية إلى تحقيقها، فيمكنها استعمال سلطتها التشريعية لأية غاية، أياً كانت ، تريد تحقيقها، ولكن بشرط أن

تكون هذه الغاية مشروعة، بحيث أن السعي إلى تحقيق غاية غير تلك التي من أجلها منحت السلطة التشريعية هذه السلطة يجعل تشريعها مشوباً بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية.

وعلى ذلك فإنه يمكننا تحليل التعريف السابق للانحراف التشريعي إلى عنصرين:-

الأول:- عنصر سلبي: ويتمثل هذا العنصر في أن التشريع المشوب بعيب الانحراف هو عمل قانوني قد سلمت جميع أركانه الأخرى.

الثاني:- عنصر إيجابي: ويتمثل هذا العنصر في أن ركن الغرض وحده في ذلك التشريع هو المعيب وسوف نبين كل من هذين العنصرين:-

أولاً:- العنصر السلبي:-

قلنا أن هذا العنصر يقوم على أن التشريع المشوب بعيب الانحراف هو عمل قانوني قد سلمت جميع أركانه الأخرى.

هنا نجد أن المشرع قد أصدر التشريع مراعياً قواعد الشكل والإجراءات والاختصاص والمحل بحيث يبدو التشريع في الظاهر أنه سليم، وبالتالي لا يمكن الكشف عن وجود الانحراف لأول وهلة، وذلك لأن المشرع – هنا – قد أخفي انحرافه في استعمال سلطته – التقديرية – تحت ستار من الشرعية الظاهرة . فالمشرع عندما يصدر قانوناً وينحرف به عن الغاية التي كان يجب عليه أن يسعي إلى تحقيقها فإنه لا يصرح بذلك وإنما ينحرف بالتشريع تحت غطاء من الشرعية الخارجية، فالقانون المشوب بعيب الانحراف التشريعي، هو قانون سليم في جميع جوانبه الظاهرة: فهو تشريع صادر من هيئة تشريعية مختصة، وفقا للشكل الذي يستلزم الدستور، كما أنه يقوم على محل سليم، ولكن إذا نظرنا إلى الغاية منه نجد أنها غاية غير مشروعة.

وعنصر الشكل هو من القواعد الدستورية التي تتعلق بكيفية ممارسة المشرع لسلطته ويتعلق بالشرعية الخارجية أي بالمظهر أو الشكل الخارجي للقانون، بحيث إن المشرع في إصداره للتشريع يجب عليه أن يتقيد بالشروط الشكلية التي يتطلبها الدستور وعنصر الاختصاص يدخل – أيضاً – في نطاق الشرعية الخارجية أي القانون يجب أن يصدر من السلطة التي خولها الدستور سلطة إصداره، وأما عنصر المحل فهو يتعلق بجوهر التشريع ومادته.

وهنا يثور تساؤل هل يمكن أن يقوم عيب الانحراف مع وجه أو أكثر من عيوب التشريع الأخرى؟

بالطبع من المتصور أن يخالف المشرع قواعد الاختصاص أو الشكل أو المحل عند إصداره للتشريع وذلك لتحقيق غرض غير المصلحة العامة "الغاية من التشريع"

هنا يكون أمام القاضي عدة أوجه للطعن بعدم دستورية التشريع، فالتشريع مشوب بعدم الدستورية إما لعيب في الشكل والإجراءات، أو الاختصاص، أو المحل، وبجانب ذلك فإن التشريع – ذاته – مشوب بالانحراف لأن المشرع يسعي لتحقيق غاية أخري غير تلك التي من أجلها منح السلطة. فماذا يفعل القاضي هنا؟ . هل يأخذ مباشرة بعيب الانحراف بالسلطة ويحكم بعدم الدستورية لهذا العيب؟ أم أنه يأخذ بأحد العيوب الأخرى ويرجئ البحث في عيب الانحراف بالسلطة؟

في الواقع أن القاضي الدستوري متى وجد في القانون عيب آخر غير الانحراف التشريعي فإنه يحكم بعدم الدستورية لوجود هذا العيب ولا يبحث في عيب الانحراف الذي يتميز بأنه عيب احتياطي. ولكن هذه الصفة الاحتياطية، لا تحول – في نظرنا – بين القاضي وبين رقابة الانحراف التشريعي، بحيث أنه إذا طعن أمامه بعدم دستورية تشريع ما وكان الطعن منصباً على وجود

انحراف تشريعي، فإنه يجب عليه البحث عن هذا العيب والقضاء بعدم دستورية التشريع إذا كان بالفعل مشوباً بعيب الانحراف التشريعي.

وهكذا يتضح، من كل ما سبق، العنصر الأول تعريف الانحراف وهو صدور القانون سليماً في جميع أركانه "الظاهرة" ، حيث أن المشرع تحت ستار هذه الشرعية – الظاهرة – يخفي غرضه الحقيقي من التشريع، فالتشريع المشوب بالانحراف هو تشريع في ظاهره الصحة وفي باطنه البطلان.

ثانياً:- العنصر الإيجابي:-

إن هذا العنصر – كما سبق القول – مقتضاه أن ركن الغرض وحده في القانون – المشوب بالانحراف – هو المعيب.

حيث إن كل عمل قانوني يهدف إلى تحقيق غرض معين وبذلك يكون ركن الغرض هو النتيجة النهائية التي يسعي المشرع إلى تحقيقها، بحيث إن القانون ليس غاية في ذاته بل هو وسيلة لتحقيق غرض معين ألا وهو المصلحة العامة.

وعلى ذلك نجد أن عيب الانحراف بالسلطة ينصب على ركن الغرض أو الغاية من القانون، بحيث إنه إذا لم يسع المشرع إلى تحقيق الغاية التي من أجلها منحه الدستور سلطته – أو المصلحة العامة – وسعي إلى تحقيق غاية أخري فإنه بذلك يكون قد انحرف في استعمال هذه السلطة.

حيث إن المشرع يخضع لقاعدة عامة مؤداها ألا يهدف في جميع أعماله إلا إلى تحقيق المصلحة العامة.

وعلى ذلك فالأصل إطلاق سلطة المشرع في التشريع، فيقوم بتنظيم الروابط الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وغيرها من الروابط، ولا يتقدم في

هذا التنظيم بغرض آخر غير المصلحة العامة[١].

وعلى ذلك فإن الحرية التي يتمتع بها المشرع محاطة دائماً بفكرة المصلحة العامة التي تهيمن على كل تصرفاته.

وهكذا يتضح أن عيب الانحراف إنما ينصب على ركن الغاية لمعرفة الغرض الحقيقي من التشريع.

وبذلك يظهر العنصر الثاني من عنصري تعريف الانحراف، وهو "الغاية" أو المصلحة العامة، وهو العنصر الأكثر أهمية في عيب الانحراف. وعلى ذلك فإنه لا يجوز للمشرع إصدار أي قانون يخالف مضمون هذا النص[٢].

ويتضح، من كل ما سبق، أن التشريع يجب لكي يكون تشريعاً دستورياً أن يكون محله غير مخالف للدستور بحيث إن مخالفة ركن المحل لا تتحقق إلا بمخالفة نص من نصوص الدستور التي ترسم للمشرع سلطة محددة[٣].

ولكن هل هناك خصائص معينة تميز عيب الانحراف بالسلطة التشريعية عن عيب المحل؟

مما لا شك فيه أنه توجد خصائص معينة تميز عيب الانحراف بالسلطة التشريعية عن عيب المحل، من هذه الخصائص أن عيب الانحراف بالسلطة يوجد عندما تكون للمشرع سلطة تقديرية في سن القوانين، أما حيث تكون سلطة المشرع مقيدة، فإن ما يثور هنا ليس عيب الانحراف بالسلطة وإنما الذي يوجد هنا هو عيب المحل، فيصبح التشريع مخالفاً للدستور[٤].

---

(١) د. عبدالرزاق السنهوري: مخالفة التشريع للدستور، المرجع السابق، ص ٧١.
(٢) د. عبدالغنى بسيوني: النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص ٨٠٢.
(٣) د. عبدالرازاق السنهوري: مخالفة التشريع للدستور ، المرجع السابق. ص ٣٨.
د. عبدالمنعم عبدالحميد المرجع السابق ص ٥٨.
(٤) د. عبدالمنعم عبد الحميد المرجع السابق ص ٦٤.

المعيار الذاتي للانحراف في استعمال السلطة التشريعية

إن البحث عن نية المشرع – الحقيقية – هو أمر ضروري ، وقد يبرره غموض التشريع، حيث أن هذا البحث يكشف الغاية الحقيقية من التشريع.

وعلى ذلك فإن القاضي الدستوري يفحص التشريع بالنسبة إلى الهدف الذي يسعى إليه.

وعلى ذلك فإن قيام القاضي بالتعرف على نوايا المشرع في معرض الرقابة على دستورية القوانين توصلاً إلى اكتشاف المخالفة المستترة يجعله يعتمد بالضرورة على معيار شخصي متصل بالنوايا(١).

فالقانون قد يستهدف الانتقام من الخصوم السياسيين للأغلبية البرلمانية أو يرمي لمنافع شخصية لبعض الأنصار، فالبرلمان رغم تمثيله للشعب ليس منزهاً عن الهوى أو الانحراف بالسلطة، ورغم أن الغاية مسألة نفسية تتصل بنية واضعي التشريع، إلا أن الظروف والأدلة الخارجية يمكن أن تكشف عنها(٢).

وهكذا فإن معيار الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، أيضاً من زاوية إثباته، هو معيار ذاتي، كما أن هذا المعيار الذاتي للانحراف هو الذي يحافظ للانحراف في استعمال السلطة التشريعية على خصائصه الذاتية وأهمها خفاؤه فهو عيب له صفة الخفاء ومن ثم كان عيباً احتياطيا(٣).

وفي الواقع أن رأي الفقه المؤيد للمعيار الذاتي للانحراف في استعمال السلطة التشريعية هو ما نؤيده، وذلك لأن الكشف عن النوايا والأغراض

---

(١) د. وهيب عياد سلامة: أسلوب إصدار المحكمة الدستورية العليا لأحكامها، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٢، ص ٣٧.

(٢) د. ماجد راغب الحلو: القانون الدستوري ، المرجع السابق، ص ٣٢٤.

(٣) د. محمد ماهر أبو العينين : المرجع السابق، ٢٩١، ٥٥١.

النفسية للمشرع، إنما يؤدي – في الواقع – إلى الكشف عن الغاية الحقيقية للمشرع، التي أخفاها، وكان يقصد إلى تحقيقها من وراء إصداره للتشريع. ولا يمكن الكشف عن هذه الغاية الحقيقية عن طريق الوقوف على الأسباب التي يذكرها المشرع، وذلك لأن المشرع لا يذكر من الأسباب عند إصداره للتشريع إلا ما يمت للمصلحة العامة، ويحرص على إلباس التشريع ثوباً من المصلحة العامة، فكيف يمكن معرفة الأسباب الصحيحة والحقيقية للمشرع، إذ لم نبحث في نوايا المشرع التي أضمرها، وذلك لمعرفة الغاية الحقيقية من وراء إصداره للتشريع؟ فالسلطة التشريعية قد تسعي إلى تحقيق غايات شخصية. مثل إضرار أو إفادة فئة أو فئات معينة بالذات، ولكنها تحت شعار من المصلحة العامة وإصدار التشريع في صورة عامة مجردة تذكر أن مثل هذا التشريع كان للمصلحة العامة، في حين أنه – في الواقع – إنما كان لتحقيق غايات شخصية بعيدة عن المصلحة العامة. وبالتالي فإنه لمعرفة هذه الغايات الحقيقية يجب الكشف عن النوايا المستترة التي اقترنت بالتشريع.

حيث إن القاضي الدستوري يمكنه الاستعانة لإثبات وجود الانحراف بالقرائن الخارجية. بل إنه يمكنه لاستظهار قصد المشرع الحقيقي الاستعانة – كما ذهب أستاذنا الدكتور/ عاطف البنا – بكافة الظروف والملابسات السابقة والمصاحبة لصدور القانون[1].

وهكذا يتضح – من كل ما سبق – أن معيار الانحراف في استعمال السلطة التشريعية ، هو – في نظرنا – معيار ذاتي وليس معيار موضوعي[2].

وهكذا أخذت هذه الرسالة بمجمل ما جاء برسالتنا في هذا الخصوص وكانت هناك بعض الانتقادات في هذه الرسالة لما جاء برسالتنا حول بعض المسائل الفنية وهو أمر وارد في الرسائل العلمية وليس هناك رأي يخلو من

---

(١) أستاذنا الدكتور/ عاطف البنا ، المرجع السابق، ص ٥٢.

(٢) د. عبدالمنعم عبدالحميد رسالته سالفة البيان ص ٢٠٠ وما بعدها.

النقد الذي يحمل اختلافا في وجهة النظر ومن ذلك مثلاً ما أشارت إليه الرسالة من أن ما جاء برسالتنا حول أن الخروج على الهدف المخصص هو مخالفة موضوعية ولا تتعلق بالانحراف التشريعي حيث رأينا أن تحديد الهدف هو تحديد للمحل وللعيب في ذات الوقت والخروج على المحل أو العيب المحدد هو مخالفة موضوعية فقد إرتأي صاحب الرسالة أن الخروج على الغاية المخصصة هو خروج موضوعي ومخالفة مباشرة للدستور أي أنه متفق معنا في النتيجة وإن اختلف في توصيف الركن الذي أصاب العيب(١) وهناك بعض انتقادات فنية أخري أشار إليها هذا الرأي في تحليله لرسالتنا وهذه الانتقادات في رأينا لا تعدو خلافاً في وجهات النظر من ناحية واختلافا في التحليل الدقيق لطبيعة الركن الوارد عليه العيب من ناحية أخري، وعلى كل فإن هذه الرسالة قد أكدت صحة ما جئنا به في رسالتنا حول الطبيعية الذاتية لعيب الانحراف ومدي ذاتيته وتميزه عن العيوب الأخرى التي تصيب التشريع وهذه الرسالة هي إضافة جيدة لفكرة الانحراف التي نادينا بها وكان لها فضل الإشارة إلى هذا العيب باستفاضة في النظام الدستوري الفرنسي ولكن اختلاف التأصيل والتحليل حول هذا العيب قد انتهي بها إلى وصم بعض القوانين بالانحراف في حين أن ما أصاب هذه التشريعات ليس عيب الانحراف وإنما عيوب أخري موضوعية وفقاً لتحليلنا لفكرة الانحراف وهو ما سنعرض له فيما بعد.

---

(١) د. عبدالمنعم عبدالحميد رسالته سالفة البيان ص ٢٩٤.

الفصل الثاني
القضاء الدستوري ورقابة الانحراف التشريعي

إن المتابع والمحلل لأحكام القضاء الدستوري سواء في الولايات المتحدة أو مصر لا يجد اتجاها واضحاً لهذه المحاكم في الإشارة إلى عيب الانحراف بالتشريع ويرجع ذلك إلى طبيعة هذا القضاء الذي لا يحدد نوع المخالفة الدستورية التي تشوب التشريع ولكن المحلل لأحكام المجلس الدستوري في فرنسا قد يجد سنداً لإمكان تتبع وجود عيب الانحراف عن هذه الأحكام نظراً لأن القضاء الدستوري في فرنسا يتسق مع النظام القانوني لقضاء القانون العام في مصر والذي يجعل القاضي يوضح طبيعة العيب الذي أصاب القرار الإداري أو القانون.

والمحلل للقضاء الدستوري في مصر يجد أن المحكمة الدستورية قد تجاوزت فكرة الانحراف التشريعي الدقيقة وتطرقت إلى جوانب من السلطة التقديرية جعلها المهيمن الأول على صحة التشريع وتستطيع بسهولة فرض رؤيتها وقناعاتها على تفسير النص الدستوري لتقييد سلطة المشرع التقديرية على نحو كبير يتجاوز نطاق الانحراف لتشريعي فاعتناق التفسير الواسع للنصوص الدستورية الذي لا يقف عن دلالات النص في غير نطاق العبارة بل يتعداها إلى استنباط مكنونات النص وخفاياه من شأنه أن يجعل المحكمة تخلق مبادئ عليا غير منصوص عليها في الدستور وتحاكم النص التشريعي إلى هذه المبادئ وفي هذه الحالة تكتفي بالانتهاء إلى وجود مخالفة دستورية.إن التوسع في تفسير النصوص الدستورية يعد ضرورة حتمية نظراً لتزايد دور الحكومة في التشريعات سوءا من ملاحظة زيادة نسبة التشريعات الحكومية على التشريعات البرلمانية، أو تميز المشروعات الحكومية بأولوية النظر والمناقشة من قبل البرلمان، فضلاً عن التوسع في التفويض التشريعي فالبرلمان يلعب دوراً – الآن – يكاد يقتصر على مناقشة مشروعات القوانين المعدة من الحكومة، بل وصل الأمر في فرنسا إلى ما أسماه البعض آلية التشريعية، مؤداه

أن يعرض التشريع على المجلس ويجب قبوله أو رفضه كلية دون حدوث تعديل وهكذا أصبحت سلطة التشريع بين يدي الحكومة لأن البرلمان لا يضع القانون وإنما يصوت في عجالة على نصوص قررتها سلفاً لجان فنية، ويكتفي البرلمان بمجرد الاهتمام بالتعديلات بدلاً من رسم إطار عام للسياسة.

ومن ثم يضحي من الضروري أن يبحث القضاء عن المضمون الحقيقي للتشريع ، متجاوزاً ظاهرة ، منقباً عن طبيعته الحقيقية التي هدف إليها واضعوه، ومدي توافقها مع النصوص والمبادئ الدستورية، وتلك هي طبيعة سلطة القضاء في التفسير.

وعلى ذلك ، تبدي أهمية التوسع في التفسير الدستوري واستنتاج المبادئ الدستورية العليا من النصوص الدستورية – على النحو الموضح سلفاً – في توسيع نطاق الرقابة على دستورية القوانين. وليس فحسب من حيث رقابة الانحراف التشريعي (فقد استقر القضاء الدستوري على مراقبته) بل ومن حيث رقابة الغلط البين في التقدير – على نحو ما رأينا – إذ لا يعد انحراف المشرع عن النصوص الدستورية والمبادئ الدستورية العليا، مبرراً لإلغاء ، ما يصدر عنه من تشريعات أو أوامر، بل يعتبر الغلط البين في فهم النصوص الدستورية والمبادئ الدستورية العليا من جانب المشرع، عيباً دستورية (أصليا)، يؤدي إلى بطلان التشريع المشوب بهذا الغلط البين[١]. بل أن رقابة الغلط البين في التقدير في القضاء الدستوري تعد النتيجة الطبيعية لاستعمال سلطة القاضي إذ

---

(١) يحذر أستاذنا أحمد كمال أبو المجد من كل صيحة ترتفع منادية بالتوسع في ممارسة الرقابة على القوانين، والخروج بها من نطاقها القانوني الأصيل ، راجع مؤلف سيادته، الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص ٥٩٢ ونحن نعتقد أن صيحة سيادته كان لها اعتبارها وقت أن نادي بها (في ظل دستور سنة ١٩٢٣) وكان مرد ذلك خشية اقتحام القضاء في إشكالات سياسية ودستورية له مع غيره من السلطات، أما الآن، وفي ظل دستور سنة ١٩٧١، فلابد من تغيير النظرة إلى دور القضاء في رقابة دستورية القوانين، في ظل وجود المحكمة الدستورية العليا التي نص عليها الدستور الحالي على عكس ما كان عليه الحال في دستور ١٩٢٣.

أن وقوع المشرع في غلط بين في التقدير أمر متصور حدوثه – دون شك – من الناحية العملية ، ومرد ذلك طبيعة تكوين البرلمان في مصر، والإصرار على فرض حماية دستورية لطوائف معينة، وبالنظر إلى القوي المؤثرة في عمل البرلمان (السلطة التنفيذية والأغلبية البرلمانية، ولا يخفي دورها في سرعة تمرير مشروعات القوانين المقدمة من الحكومة).

مجمل القول فإنه من المسلمات أن حرية القضاء الدستوري في مجال تحديد (أو استخلاص) المبادئ الدستورية العامة تكون أكبر من تلك الخاصة بقاضي الإلغاء في تحديده للمبادئ العامة للقانون Les principes generaux du droit وتضاف هذه الحرية إلى تلك المستمدة من سلطة التفسير، استعمالا لسلطة التفسير المتغير والمختار، وأيضاً المتناقض من نص لآخر، إذ تستطيع المحكمة الدستورية العليا إعطاء مرونة كبيرة للنصوص ، ذلك أن القضاء الدستوري – كقاعدة – يعتبر متطوراً، ولا يسير على وتيرة واحدة، بل يتغير دائماً إذا وجد أن الظروف المحيطة تبرر ذلك، والواقع العملي يتطلبه وهذا ما تؤكده أحكام المحكمة الدستورية العليا باطراد[١].

ولذلك فنحن نتفق مع الأستاذ "لوشاك" في مؤلفه بعنوان "المجلس الدستوري كحامي للحريات" . فيما ذهب إليه من أن الأمر في تحديد المبادئ الدستورية العليا يتعلق بمبادئ غير مكتوبة، مبادئ ذات مضامين متنوعة وذات آثار احتمالية Effet aleatoires.

ويضحى القاضي الدستوري هو سيد قراره النهائي Le juge constiutionnel reste matre de la decision finale.

وبالبناء على ما تقدم يمكن فهم الدور المزدوج لفكرة الغلط البين في التقدير في القضاء الدستوري، وكونها تعد ضمانة لإمكانية الرقابة في مسألة

---

(١) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ ق في ١٩٩٥/٣/١٧ وحكمها الصادر في ١٩٩٥/١/١٤ سابق الإشارة إليه.

ما، فضلاً عن أن الأخذ بهذه الفكرة يتعلق بنطاق الرقابة وليس بتحديد اختصاصات سلطة الرقابة على الدستورية.

وإذا تطرقنا إلى جوانب السلطة التقديرية الأخرى التي تطرقت إليها الرقابة الدستورية لتبين لنا عودة عيب الانحراف إلى دوره الاحتياطي ولكن أكدت هذه الرقابة على جوانب السلطة التقديرية مدي قانونية وانضباط عيب الانحراف التشريعي كعيب يظهر داخل إطار الرقابة الدستورية الصحيحة فضلاً عن ضوابطه الذاتية التي جعله قائماً وأبداً حيث تعجز الرقابة الدستورية عن الوصول إلى حقيقة العيب الذي شاب القانون.

المبحث الأول
الانحراف التشريعي والقضاء المقارن

وفي تتبع لتحليلات الفقهاء للقضاء الدستوري المقارن في رقابته لعيب الانحراف نجد أن بعض الفقهاء قد قام بتحليل للقضاء الدستوري المقارن على نحو صحيح في تتبع عيب الانحراف والبعض الآخر أخذ باتجاه القضاء للرقابة على السلطة التقديرية للمشرع كسند للقول بأن القاضي الدستوري راقب الانحراف وهو أمر غير صحيح ذلك أن عيب الانحراف كما سبق وأوضحنا ليس هو العيب الوحيد الذي يرد على السلطة التقديرية للمشرع بل هو العيب المنضبط الذي يرد على هذه السلطة دون العيوب الأخرى التي تجعل من الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع بمثابة السند لتدخل المحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري لفرض مفاهيمه الخاصة حول تفسير النص الدستوري وفي ذلك ذهب أحد الباحثين[١] إلى:-

المجلس الدستوري الفرنسي ورقابة الانحراف التشريعي

يثور التساؤل فيما نحن بصدده عما إذا كان المجلس الدستوري يستطيع التحقق ما إذا كان البرلمان يستعمل السلطات المخولة له لتحقيق أهداف الصالح العام أم لتحقيق أهداف أخري؟ وبعبارة أخري هل يعتبر الانحراف التشريعي أحد المجالات التي تثير اختصاص المجلس الدستوري بصدد رقابة الدستورية؟

وفي معرض الإجابة على هذا التساؤل يقرر جانب كبير من الفقه الفرنسي أن المجلس الدستوري يتحاشي بوضوح مسألة الانحراف التشريعي واعتباره أحد المطاعن التي يمكن أن يقضي على أساسها بعدم دستورية القانون. ويقرر هؤلاء الفقهاء صعوبة انتقال فكرة الانحراف بالسلطة من المجال الإداري إلى المجال التشريعي، فمن ناحية قلما يحدد الدستور للمشرع

---

(١) د. شعبان أحمد رمضان رسالة ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين سنة ٢٠٠٠ ص ٤١٣.

أهدافاً بعينها لتحقيقها، على غرار قاعدة تخصيص الأهداف المسلم بها في المجال الإداري، حيث تعتبر السلطة التقديرية للمشرع هي الأساس والسلطة المقيدة هي الاستثناء على خلاف الوضع بالنسبة للإدارة. ومن ناحية أخري فإن رقابة الدستورية في فرنسا هي رقابة سابقة، على خلاف الوضع أمام مجلس الدولة التي تعد رقابته على المشروعية رقابة لاحقة، الأمر الذي يثير صعوبة استكشاف النية الحقيقية للمشرع التي تتضح من خلال تطبيق التشريع وليس قبل ذلك.

ويقرر الأستاذ Rousseau أن التسليم بالانحراف التشريعي كأحد عيوب عدم الدستورية يفضي بالمجلس الدستوري إلى التغلغل في نفسية المشرع، والبحث عن البواعث والنوايا الحقيقية للتشريع، وأنه بالنظر إلى التاريخ الخاص برقابة الدستورية في فرنسا يمكن تفهم تردد المجلس الدستوري في ارتياد ممارسة الرقابة على الانحراف بالسلطة التشريعية، والتي يعد التسليم به، بمثابة إدانة سياسية للبرلمان واتهام له بممارسة صلاحياته التشريعية لتحقيق أهداف لا تتغيا الصالح العام.

وعلى الرغم من ذلك، فإن الانحراف التشريعي قد تم الإدعاء به أمام المجلس الدستوري من جانب نواب المعارضة بالجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ بمناسبة الرقابة على دستورية القانون الخاص بالمؤسسات الصحفية، حيث طالب بعض النواب والشيوخ انعقاد المجلس الدستوري للحكم بعدم دستورية القانون محل الطعن المسمي بقانون فيليود ناعين عليه الانحراف بالسلطة لاتجاهه نحو الحد والتقييد من تركيز المؤسسات الصحفية، وأنه لم يصدر بهدف تحقيق الصالح العام أو إيجاد تعددية حقيقية، وإنما يقصد هدم وتفكيك أهم أكبر مجموعة صحفية معارضة هي مجموعة هيرنست كما أن هناك العديد من الشواهد التي يستخلص منها أن القانون محل الطعن قد تم إقراره لباعث سياسي وأنه موجه للتطبيق على شخص بعينه هو السيد مما يفقده صفة العمومية والتجريد ويسمه بالانحراف.

غير أن المجلس الدستوري لم يُسلم بفكرة الانحراف التشريعي ، وأن كان قد توصل للحكم بعدم دستورية بعض نصوص القانون محل الطعن لانتهاكها لحرية التعبير وحرية الصحافة. وجاء بحيثيات هذا الحكم أنه "إذا كان مسموحاً للمشرع حال تنظيمه لأحدي الحريات العامة أن يقرر للمستقبل ما يعتبره ضرورياً من القواعد الأكثر صرامة وتشديداً، فإنه لا يجوز له الإخلال بمراكز قانونية قائمة إلا في حالتين: الأولي أن تكون هذه المراكز قد تكونت على نحو غير قانوني، الثانية أن يكون المساس بهذه المراكز ضرورياً من أجل تحقيق الهدف الدستوري الذي يبتغيه المشرع. وهو ما لم يثبت للمجلس الدستوري بشأن القانون محل الطعن، ومن ثم فقد أعلن المجلس الدستوري عدم دستورية نصوص القانون المتعلقة بإخضاع مجموعة هيرسنت لقواعد جديدة مضادة لتركيز المؤسسات الصحفية.

وفي عام ١٩٨٦ نازع أعضاء مجلس الشيوخ في دستورية قانون باسكوال المتعلق بتقسيم الدوائر الانتخابية بشأن انتخابات أعضاء الجمعية الوطنية، تأسيسا على أن هذا القانون يتوخي تحقيق بعض المصالح السياسية والشخصية لنواب بعض الأحزاب، وليس تحقيق الصالح العام، ولقد قبل المجلس الدستوري أن تثار أمامه مسألة المصلحة الحقيقية التي يسعي المشرع لتحقيقها بجانب تسليمه بملاءمة بعض الانتقادات الموجهة من الطاعنين -- أعضاء مجلس الشيوخ – ضد تقسيم الدوائر. غير أن المجلس الدستوري قرر أنه "بمراعاة حالة الدعوى الماثلة وتنوع وتعقد الأوضاع المحلية فلا يمكن للمجلس البت في الاختيارات التعسفية التي أجراها البرلمان. ولقد انتهي المجلس الدستوري إلى عدم تعارض القانون محل الطعن مع أحكام الدستور. ويقرر الأستاذ أن الصياغة المبهمة لهذا القرار تشير للضغوط السياسية العامة الواقعة على المجلس الدستوري، كما تشير إلى الصعوبات الخاصة المتعلقة باستعمال الانحراف بالسلطة في مجال المنازعة الدستورية ومدي إمكانية تنكب المشرع للصالح العام واستهدافه لبعض المصالح الخاصة، ولكي يتحاشي المجلس الدستوري هذا النمط من المواقف الحساسة فإنه يترك وسيلة الانحراف

بالسلطة ويفضل، مثل جاره في القصر الملكي أي مجلس الدولة – تطوير وتعميق رقابة التعدي على المجموعة الدستورية وهو الأمر الذي يستفاد منه عدم تسليم الفقه الفرنسي والمجلس الدستوري بالانحراف التشريعي كأحد عيوب الدستورية[١].

ويذهب باحث آخر[٢] إلى أن المجلس الدستوري في فرنسا يتجنب بحث مسألة الانحراف التشريعي.

ويعتبر من أولي هذه التطبيقات القرارات التي تتعلق بتجنب القاضي الدستوري لمسألة الانحراف التشريعي، ومن ثم حماية السلطة التقديرية للمشرع، القرار المتعلق بقضية الإجهاض الإداري للمرأة – سبق الإشارة إليه – وإعلان المجلس الدستوري دستورية القانون الذي يعطي المرأة الحق في الإجهاض، وفقاً للشروط المحددة بالقانون، وقد استند مقدمي الطلب إلى مخالفة هذا القانون للمادة الثانية من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، ومقدمة دستور ١٩٤٦ والتي تنص على حماية الطفل في فقرتها السادسة. وكانت إجابة المجلس الدستوري كما سبق أن أشرنا، مفاجئة للفقه الفرنسي عندما حدد أن إعطاء المرأة الحق في الإجهاض إنما يكفل الحرية الشخصية للمرأة، وبالنسبة لمخالفة هذا القانون للاتفاقية الأوربية كان موقف المجلس الدستوري، بأن مخالفة القانون لهذه الاتفاقية لا يعني مخالفة القانون للدستور، وقد برر الفقه الفرنسي ذلك بأن موقف المجلس الدستوري لا يمكن قبوله إلا بأنه تعبير عن حماية تقدير السلطة التشريعية".

وتتمثل المناسبة الثانية، والتي تؤكد سياسة المجلس بصدد عدم مناقشة الانحراف التشريعي أثناء رقابة الدستورية، والتي رفض فيها صراحة اللجوء لهذه النظرية، أن الحكومة تقدمت للبرلمان بمشروع قانونين بهدف تحديد سن

(١) د. شعبان أحمد رمضان المرجع السابق ص ٤١٤.
(٢) د. عبدالحفيظ الشيمي المرجع السابق ص ٣٦٦.

التقاعد لشاغلي الوظائف العليا بالدولة، وقد كان القانون الأول يتعلق بتحديد سن التقاعد للقضاة الخارجين عن التدرج الوظيفي بمحكمة النقض، بينما كان القانون الثاني يتعلق ببعض الوظائف العليا والقطاع العام، ومن بين هذه الوظائف العليا مجلس الدولة الفرنسي، وبفحص المجلس الدستوري للقانون المتعلق بمحكمة النقض فقد أعلن دستورية هذا القانون، وذلك من خلال قصر رقابته على الإجراءات الدستورية المتعلقة بالقوانين الأساسية وفقاً للفقرة الثالثة من المادة "٦٤" من الدستور الفرنسي، وذلك على الرغم من أن هذا القانون كان يستثنى من نطاق تطبيقه الرئيس الأول لمحكمة النقض والنائب العام لهذه المحكمة.

وإذا كان موقف المجلس الدستوري بصدد هذه النظرية لا يتسم بالوضوح بصدد القضية السابقة فإنه قد رفض صراحة الخوض في بحث الانحراف التشريعي، وذلك من خلال قضية تحديد سن التقاعد بالنسبة لبعض الوظائف القضائية والوظائف العليا، فقد كان القانون يحددان سن التقاعد هو خمس وستون سنة مع استثناء كل من رئيس مجلس الدولة، الرئيس الأول لمحكمة المحاسبات، والنائب العام لهذه المحكمة، حيث يمتد سن التقاعد بالنسبة لهذه الطائفة إلى ثمانية وستين سنة، مما دفع أعضاء الجمعية الوطنية بإثارة مسألة الانحراف التشريعي لمخالفة القانون لمبدأي المساواة، واستقلال القضاء الإداري، وقد تجنب المجلس الدستوري البحث عن النية الحقيقية للمشرع، محدداً أن الوظائف المسندة لهذه الطائفة من الوظائف العليا، إنما تختلف تماماً عن الوظائف المسندة للآخرين ومن ثم فإن هذا القانون لا يتعارض مع مبدأ المساواة ومبدأ استقلال القضاء الإداري.

وتأكيداً لموقف المجلس الدستور باستبعاد الخوض في نوايا المشرع أن مقدمي الطلب للمجلس قد استندوا في تدعيمهم لطلبهم إلى أن النوايا الحقيقية لهذا القانون، تتمثل في أن الحكومة كان هدفها – من هذه القوانين – ليس تحديث الوظائف العليا بعناصر الشباب، وإنما لفرض سيطرتها وسياستها على

الجهات الرقابية بالدولة وذلك بتمكينها من تعيين أعضاء من خارج هذه الجهات وخاصة بالنسبة لمحكمة المحاسبات ومجلس الدولة. وقد ناقش المجلس الدستوري هذا الأمر بصورة واضحة، محدداً بأنه وإن كان يتولى مسألة الرقابة على دستورية القوانين، إلا أنه لا يراقب السلطة التقديرية ، وأن رقابته لا تمتد إلى مناسبات القانون، بل أكثر من ذلك فقد ذهب في نفس القرار، بأن الدفع المثار من مقدمي الطلب إنما يتعلق ببحث النوايا الحقيقية للبرلمان، وأنه وفقاً لهذه النوايا يكون القانون مخالف للدستور، في حين أن هذه النوايا تتعلق بملاءمات التشريع ، والتي تخرج عن رقابته بفحص دستورية القانون(١).

وعلى عكس الفهم السابق أخذ أحد الباحثين(٢) بفهم مختلف لبحث المجلس الدستوري للإنحراف التشريعي من خلال تحليل مستفيض للقانونين سالفي البيان وذهب إلى وجود الانحراف التشريعي في القانون رقم ٨٤٣ ـ٨٤ الصادر في ١٣ سبتمبر ١٩٨٤ "بتحديد سن التقاعد في الوظيفة العامة والقطاع العام"

لقد ثارت – للمرة الأولي في فرنسا بعد إنشاء المجلس الدستوري – نظرية الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، وكان ذلك في نطاق مبدأ المساواة في مجال الوظيفة العامة.

فكيف تناول المجلس الدستوري الفرنسي نظرية الانحراف التشريعي، وهل أخذ المجلس بهذه النظرية أم أنه استبعدها؟ هذا ما سوف نبينه.

لقد كانت المرة الأولي التي يتم فيها إثارة الانحراف التشريعي أمام المجلس الدستوري تتعلق القانون رقم ٨٣٤-٨٤ الصادر في ١٣ سبتمبر ١٩٨٤

---

(١) د. عبدالحفيظ الشيمي المرجع السابق ص ٣٦٨.

(٢) د. عبدالمنعم عبدالحميد المعالجة القضائية والسياسية لعيب الانحراف التشريعي ص ٤٢٩.

"المتعلق بتحديد السن في الوظيفة العامة والقطاع العام". فهل كان، بالفعل، ينطوي على انحراف تشريعي، وما هو موقف المجلس الدستوري من ذلك؟

بادئ ذي بدء ، يجب على المشرع - كما سبق القول - عند تنظيمه للأمور المتعلقة بالموظفين مراعاة مبدأ المساواة، ومبدأ العمومية والتجريد، بحيث يظهر عليه محاباة بعض الموظفين على حساب البعض الآخر مادموا جميعاً في مراكز قانونية متماثلة. وكما رأينا فإنه وفقاً للمادة ٦ من إعلان حقوق الإنسان والمواطنين الصادر سنة ١٧٨٩ فإنه يجب مراعاة مبدأ المساواة في تولي الوظائف العامة، وأيضاً مراعاة مبدأ المساواة في المعاملة بين الموظفين، ورأينا أن هذين المبدأين يكتسبان القيمة الدستورية، وبالتالي فإن مخالفتهما من جانب المشرع تجعل تشريعه غير دستوري.

فمبدأ المساواة يتضمن جميع جوانب المساواة في مجال الوظيفة العامة بحيث يجب على المشرع مراعاة هذه المساواة.

وهذه المساواة لا تكون إلا بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة ، أما الأوضاع المختلفة فتكون لها معاملات مختلفة، أي أن ما يجب على المشرع مراعاته هو تحقيق المساواة بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة.

وفي هذا المجال - مجال الوظيفة العامة - تقدمت الحكومة بمشروع قانون للبرلمان بتحديد السن في مجال الوظيفة العامة والقطاع العام(١). وذلك بعد أن تم تداوله في مجلس الوزراء(٢)، وبعد عدة مناقشات ومداولات أقرت الجمعية الوطنية مشروع القانون في جلستها يوم الأربعاء ٢٩ أغسطس ١٩٨٤.

---

(١) مشروع القانون رقم ٢١٠٦.

(٢) تم اجتماع مجلس الوزراء برئاسة رئيس الجمهورية، ولم يحضره رئيس الوزراء الذي كان مريضاً.

وفي هذا التشريع فإن المشرع قد خفض سن الإحالة إلى المعاش إلى ٦٥ سنة لبعض الموظفين وأبقي سن الإحالة للمعاش للبعض الآخر كما هو محدد بسن ٦٨ سنة، وأبقي سن الإحالة للمعاش بالنسبة لطائفة ثالثة كما هو محدد سن ٧٠ سنة.

ولقد نصت المادة الأولي من هذا القانون رقم ٨٣٤-٨٤ الصادر في ١٣ سبتمبر ١٩٨٤ على أنه "مع مراعاة النصوص المطبقة على عموم الموظفين في الدولة، فإن تحديد سن الموظفين المدنيين في الدولة يكون محدداً بخمسة وستين سنة، بعد أن كان محدداً قبل القانون الحالي بسن ٦٨ سنة. ومع ذلك، يظل محدداً بثمانية وستين سنة سن تقاعد نائب رئيس مجلس الدولة، والرئيس والمفتش أو المراقب العام لديوان المحاسبات".

ونصت المادة الثانية من ذلك القانون على أن "سن إحالة أساتذة التعليم العالي يصبح ٦٥ سنة، بعد أن كان محدد قبله بسن ٦٨ سنة ومع ذلك فإن سن تقاعد مدرسي المدارس الثانوية يظل محدداً بسبعين سنة" . وهاتين المادتين تتعلقان بالوظائف العامة. أما في مجال القطاع العام فقد نصت المادة السابعة من ذلك القانون على أنه "يكون محدد بـ ٦٥ سنة سن التقاعد لرؤساء مجالس الإدارات، والمديرين العموميين ، والمديرين وأعضاء مجالس إدارة الشركات المؤسسات العامة في القطاع العام المشار إليهم في المادة الأولي من القانون رقم ٦٧٥ -٨٣ الصادر في ٢٦ يوليو ١٩٨٣ المتعلق بتعميم الديمقراطية في القطاع العام إذا كان عدد العمال أقل من ٢٠٠. نفس سن التقاعد ينطبق على المؤسسات العامة في الدولة. أيا كانت طبيعتها ، و في الشركات الأخرى في الدولة، والأشخاص العامة أو صناديق أو خزائن الودائع، أو الأشخاص الاعتبارية المشار إليها في الفقرة الأولي - أعلاه - التي تملك معاً أكثر من نصف رأس المال والتي يكون التعيين فيها، في الوظائف المذكورة في الفقرة الأولي بواسطة مرسوم. إن سن التقاعد عند بلوغ ٦٥ سنة ينطبق من تاريخ انقضاء مدة شهرين محسوبة من نشر القانون الحالي لرؤساء مجالس الإدارات،

المديرين العموميين، والمديرين وأعضاء مجلس الإدارات في الشركات والمؤسسات المذكورة في الفقرة الثانية، ومع ذلك فإن الموظفين أو القضاة الذين يظل سن تقاعدهم محدداً بـ ٦٨ سنة تطبيقاً للمادة الأولى من القانون الحالي يستمرون في النظيفة، إلى حين وصولهم إلى سن التقاعد، في المؤسسات العامة التي يمنحهم نظامها الأساسي حق القيادة أو الرئاسة".

ولقد ذهبت الحكومة في تبريرها لخفض سن الإحالة للمعاش لمستشاري مجلس الدولة وأعضاء ديوان المحاسبات، ماعدا نائب رئيس مجلس الدولة والرئيس والمراقب أو المفتش العام في ديوان المحاسبات، وأيضاً خفض السن في مجال القطاع العام إلى أن ذلك كان لسببين:- الأول: تجديد أو إنعاش أو عودة النشاط في الوظيفة العامة. والثاني: تسهيل أو تنظيم ترقية الموظفين الأكثر شباباً. ولقد وافقت الجمعية الوطنية على ما ذهبت إليه الحكومة.

إذن فالغاية التي أظهرتها الحكومة وادعت أنها الهدف الرئيسي من وراء قانون تحديد سن التقاعد في الوظيفة العامة والقطاع العام هي إعادة النشاط في مجال الوظيفة العامة ، وأيضاً العمل على سهولة ترقية الموظفين الأكثر شباباً. وإذا كان هذا هو الهدف الظاهر للمشرع، فهل كانت هذه الغاية تمثل – في الواقع – الغاية الحقيقية من وراء هذا التشريع؟ وهل وافق نواب المعارضة على ما زعمته الحكومة ذات الأغلبية البرلمانية من أسباب وأهداف للتشريع.

بادئ ذي بدء ، إن هذا القانون قد أحدث اضطرابا كبيراً في مجال الوظيفة العامة.

وبصدد هذا التشريع فإن أكثر من ستين عضواً من الجمعية الوطنية، عندما عرضوا الأمر على المجلس الدستوري . ذهبوا إلى أن هذا التشريع كان مشوباً بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية من ناحيتين:-

أولاً:- ذهب النواب إلى أن الأسباب التي ذكرتها الحكومة من أجل تبرير خفض سن التقاعد في الوظائف العامة العليا لا تتطابق مع الغرض الحقيقي

الذي سعت الحكومة إلى تحقيقه ، حيث إن الغاية الحقيقية للحكومة لم تكن – كما زعمت عودة النشاط إلى الوظيفة العامة وتسهيل أو التمهيد لترقية الموظفين الأكثر شباباً، لكن الغاية الحقيقية للحكومة كانت التصفية أو التطهير الإداري – تماماً – لهيئات التفتيش والمراقبة، وبصفة أساسية لمجلس الدولة وديوان المحاسبات بشكل يسمح للحكومة بتوطيد سلطاتها وتأثيرها على هذه المؤسسات.

ومما لا شك فيه أن ما ذهب إليه النواب سليم، تماماً، حيث أن القانون قد جاء في مادته الأولي "خفض سن التقاعد لمستشاري مجلس الدولة وأعضاء ديوان المحاسبة إلى ٦٥ سنة، ولكنه استثني من هذا الخفض نائب رئيس مجلس الدولة والرئيس والمراقب العام لديوان المحاسبة حيث يظل سن التقاعد لهم كما هو "٦٨ سنة".

ومن هنا فإن هدف الحكومة كان تصفية مجلس الدولة وديوان المحاسبة بإبعاد أعضاء هاتين الهيئتين المؤثرتين تماماً في مجال التفتيش والمراقبة. بحيث تستطيع الحكومة بعد ذلك تعيين من تشاء "طبقاً للمادة الثامنة من هذا القانون"، حيث أنه قد جاء في هذه المادة أن "الحكومة عند خلو أماكن أعضاء هاتين الهيئتين – نتيجة لخفض سن التقاعد لهم – تقوم بتعيين أعضاء غيرهم بواسطة مرسوم من مجلس الوزراء بدون أية شروط إلا السن".

والملاحظ – هنا – أن هذه المادة سمحت للحكومة بتعيين من تشاء – من المحيط الخارجي – في هذه الوظائف الشاغرة بدون أن تأخذ في اعتبارها الكفاءة أو الأهلية "كما جاء في نص المادة ٦ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن"، حيث لم تشترط المادة الثامنة من التشريع الحالي رقم ٨٤٣ – ٨٤ الصادر في ١٣ سبتمبر ١٩٨٤ إلا شرط السن فقط مما يعطي للحكومة سلطة كبيرة جداً في التعيين في هيئات التفتيش والمراقبة – من محيط خارجي – أي أن الحكومة ستقوم بتعيين أهل الثقة وليس أهل الكفاءة مما يجعلها تسيطر ويزداد نفوذها وتأثيرها على هيئات التفتيش والمراقبة.

حيث أنه وفقاً للتشريع الجديد الخاص بخفض سن التقاعد لهيئات التفتيش والمراقبة، وبصفة خاصة مجلس الدولة وديوان المحاسبة، سوف يتم إحالة ١٧٣ موظف بدلاً من ٧٥٧ إذا لم يكن القانون الجديد قد صدر.

ومما يدل على هذه الغاية الحقيقية للحكومة من تصفية أو تطهير هيئات التفتيش والمراقبة ما يبدو من المناقشات البرلمانية، ونصوص التشريع نفسها والمقارنة مع مشروع القانون الأساسي المقدم للبرلمان في نفس الفترة التي قدم فيها التشريع، محل البحث، والذي صدق عليه البرلمان في نفس يوم الأربعاء ٢٩ أغسطس ١٩٨٤ والخاص بقضاة محكمة النقض[١].

حيث تبين كل هذه الأمور أن الأسباب التي ادعتها الحكومة غير متطابقة مع الغاية الحقيقية من التشريع. فمشروع القانون المتعلق بخفض السن في الوظيفة العامة والقطاع العام بالنظر إلى صياغته نجد أنه كان يقصد – في الواقع – هيئات التفتيش والمراقبة، وبصفة خاصة مجلس الدولة وديوان المحاسبات. حيث أن حساب الوقت أو الزمن المقرر لخفض سن التقاعد كان محدد بشكل أكثر شدة بالنسبة لهذه الهيئات منها بالنسبة لمستشاري محكمة النقض. وذلك لأنه عند مناقشة مشروع القانون الخاص بقضاة محكمة النقض، فإن الحكومة قد وافقت على مد أو إطالة المهلة أو المواعيد لبدء تنفيذ هذا القانون، هنا نجد أن مما يؤيد أن الغاية الحقيقية للحكومة كانت تصفية هيئات التفتيش والمراقبة، وبصفة خاصة مجلس الدولة وديوان المحاسبة، هذا الاختلاف في المعاملة، فبينما وافقت الحكومة على مد المهلة لبدء تنفيذ القانون الخاص بمستشاري محكمة النقض ، رفضت إطالة الأجل لبدء تنفيذ القانون الخاص بمستشاري مجلس الدولة والمفتشين العموميين في ديوان المحاسبات، مما يعطي للحكومة الفرصة في التعيين – حالاً لمن تريدهم من أهل الثقة وليس أهل الكفاءة بقصد السيطرة على هيئات التفتيش والمراقبة. وهذا الاختلاف

(١) هذا القانون الأساسي أقره البرلمان يوم الأربعاء ٢٩ أغسطس ١٩٨٤ ، وكان يتعلق بخفض سن قضاة محكمة النقض.

الواضح بين الغايات التي أظهرتها الحكومة وبين الغاية الحقيقية من التشريع يجعل هذا التشريع منطوياً على انحراف في استعمال السلطة التشريعية، فالحكومة كانت تقصد من وراء هذا التشريع تحقيق هدف خاص، هو تصفية هيئات التفتيش والمراقبة. ثم تقوم بتعيين من تشاء بدلاً منهم بقصد السيطرة وبسط نفوذها على هذه الهيئات ومما يظهر الانحراف في استعمال السلطة التشريعية – أيضاً – أن الحكومة قد استثنت من تطبيق نصوص القانون بعض الموظفين في الوظائف العليا، مثل نائب رئيس مجلس الدولة والرئيس والمراقب العام في ديوان المحاسبات. وهذا يبين – تماماً – محاباة المشرع لهؤلاء الموظفين مع أنهم في مركز قانوني متماثل لباقي مستشاري مجلس الدولة وأعضاء ديوان المحاسبات. وهكذا تتضح الغاية الحقيقية للحكومة في أنها قصدت إلى إبعاد الموظفين الذين كانت تري أنهم بعيدين عن الخضوع لسيطرتها ونفوذها في هيئات التفتيش والمراقبة. وبصفة خاصة مجلس الدولة وديوان المحاسبات، ولهذا أصدر المشرع هذا القانون بخفض سن التقاعد بالنسبة لهم لكي تتخلص الحكومة منهم، ثم تقوم – وفقاً للمادة الثامنة من القانون – بتعيين من تشاء من أهل الثقة بقصد السيطرة وبسط نفوذها على هيئات التفتيش والمراقبة – لاسيما جلس الدولة وديوان المحاسبات – ولكنها أبقت على سند التقاعد بـ ٦٨ سنة لمن رأت أنهم يؤيدونها داخل مجلس الدولة وديوان المحاسبات مع أنهم في مراكز قانونية متماثلة مع من خفضت سن تقاعدهم إلى ٦٥ سنة مما يظهر – تماماً – أن غرض الحكومة الحقيقي لم يكن أبداً كما ادعت "تجديد النشاط في الوظيفة العامة والتمهيد لترقية الموظفين الأكثر شباباً". فإذا كان هذا هو غرضها الحقيقي فلماذا استثنت نائب رئيس مجلس الدولة والرئيس الأول والمراقب العام لديوان المحاسبات مع أنهم في نفس المراكز القانونية لباقي أعضاء هاتين الهيئتين الذين أرادت الحكومة التخلص منهم بقصد إحكام سيطرتها على هيئات التفتيش والمراقبة – وبصفة أساسية – مجلس الدولة وديوان المحاسبات؟

ثانياً:- لقد تمسك النواب الذين عرضوا الأمر على المجلس الدستوري بوجود انحراف في استبعاد السلطة التشريعية، من ناحية أخري، فيما يتعلق بخفض السن في القطاع العام. حيث ذهبوا إلى أن خفض سن المعاش إلى ٦٥ سنة – المقرر في المادة السابعة – لمديري المؤسسات والمنشآت التابعة للقطاع العام، إنما كان يهدف – في الحقيقة – إلى إنهاء خدمة رئيس إحدى الشركات التابعة للقطاع العام للسمعيات والبصريات قبل التاريخ المحدد لانتهاء التفويض أو التكليف الذي كان ممنوحاً له بواسطة السلطة العليا للاتصالات السمعية والبصرية، كما أن هذه الإحالة للمعاش – نتيجة خفض سن التقاعد – إنما يعيد المنازعة – بأثر رجعي في سلطة التعيين بواسطة السلطة العليا لمديري الشركات الوطنية للإذاعة الصوتية والمرئية مما يعرض للخطر – أيضاً – أو يمس بمبدأ حرية تبادل الأفكار والمعلن في المادة ١١ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن.

وفي الواقع أن الغاية الحقيقية للمشرع – في هذا الصدد – في مجال القطاع العام – من خفض سن التقاعد – هنا – كانت إحالة السيد .P DESGRAUPES رئيس شركة الإذاعة الثانية للراديو والتلفزيون ، حيث أن السيد DESGRAUPES كان يدير هذه الشركة باستقلال كبير جداً وحرية كبيرة في بث الآراء المختلفة، مما جعل الحكومة تعمل على الحد من هذا الاستقلال والحرية الكبيرة في إبداء الآراء والتي كانت الحكومة تري أنها غير متطابقة مع سياستها ، مع أن حرية تبادل الأفكار والآراء من الحريات ذات القيمة الدستورية، إلا أن الحكومة كانت لا تريد بث هذه الآراء غير المتفقة مع سياستها.

ولهذا دارت المناقشات في الأوساط الحكومية لوضع حد لهذا الاستقلال والحرية التي يتمتع به السيد DESGRAUPES في العمل وبث مختلف الآراء، ومن هنا جاء في مشروع القانون الحكومي خفض السن في مجال القطاع العام لمديري المؤسسات والمنشآت التابعة للقطاع العام.

وتحت ستار من العمومية والتجريد صدر ذلك القانون، ونص في المادة السابعة منه على خفض السن في مجال القطاع العام بهدف وحيد هو إحالة السيد DESGRAUPES إلى التقاعد حتى تتخلص الحكومة منه وما كان يبثه من مختلف الآراء والأفكار التي لا تتوافق مع سياستها.

فالغاية الحقيقية - إذن – لم تكن كما ادعت الحكومة تجديد النشاط في الوظيفة العامة وتسهيل الترقية للموظف الأكثر شباباً، بل كانت الغاية الحقيقية ، هنا، أيضا، هي تحقيق غرض سياسي والتخلص من السيد DESGRAUPES رئيس شركة الإذاعة الثانية للراديو والتليفزيون.

فالمشرع – هنا – قد قصد حالة فردية بالذات من وراء التشريع ولم يكن هدفه تحقيق المصلحة العامة في نطاق القطاع العام. وإنما فقط تحقيق مصلحة خاصة وهي إبعاد رئيس شركة الإذاعة الثانية للراديو والتلفزيون من إدارة هذه الشركة مما يجعل التشريع مشوباً بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية، تماماً مثلما كان الوضع في خفض سن التقاعد في مجال الوظيفة العامة حيث لم تكن المصلحة العامة هي التي دفعت المشرع إلى إصدار التشريع وإنما كانت الغاية الحقيقية هي التخلص من أعضاء هيئات التفتيش والمراقبة – الذي رأت الحكومة أنها لم تتمكن في وجودهم من السيطرة على هذه الهيئات – لاسيما مجلس الدولة وديوان المحاسبات – بدليل أنها استثنت من هذا الخفض لسن التقاعد من رأت أنهم يتفقون مع سياستها، وهم نائب رئيس مجلس الدولة والرئيس الأول والمراقب العام لديوان المحاسبات على الرغم من تماثل مراكزهم القانونية وبالتالي يكون التشريع منطوياً على انحراف في استعمال السلطة التشريعية حيث كانت الغاية الحقيقية للمشرع هي التخلص من طائفة معينة من الموظفين مما يتيح الفرصة للحكومة لتعيين من تراهم من أهل الثقة بقصد السيطرة والتأثير على هيئات التفتيش والمراقبة – لاسيما مجلس الدولة وديوان المحاسبات – وإذا كان هذا هو ما نسب إلى التشريع من أنه منطوياً على انحراف في استعمال السلطة التشريعية، فما موقف المجلس الدستوري من ذلك؟

موقف المجلس الدستوري:-

أولاً:- بالنسبة إلى الطعن بوجود الانحراف في استعمال السلطة التشريعية من حيث إن الغاية الحقيقية للمشرع هي تصفية هيئات التفتيش والرقابة – لاسيما مجلس الدولة وديوان المحاسبات – مما يتيح الفرصة للحكومة لتعيين من تشاء من أهل الثقة بقصد السيطرة على هذه الهيئات . ذهب المجلس الدستوري إلى ما يأتي "بما أن نواب الجمعية الوطنية، الذي عرضوا الأمر على المجلس الدستوري، ذهبوا إلى أن آثار القانون كانت كاشفة لنوايا المشرع من الإضرار بطائفة معينة بالذات من الموظفين. وبالتالي لم يكن قصد المشرع الحقيقي تحقيق المصلحة العامة، وإنما فقط مصالح شخصية ، إن هذا الطعن – في نظر المجلس الدستوري – ينصب – في الواقع – على ملاءمة التشريع ولا يمكن الأخذ به".

ويتضح مما ذهب إليه المجلس الدستوري أنه يعتبر الطعن بوجود الانحراف التشريعي إنما يحمل في الواقع على ملاءمة التشريع.

ثانياً:- بالنسبة للطعن بوجود الانحراف في مجال خفض السن في القطاع العام إلى ٦٥ سنة ، حيث أن الغاية الحقيقية للمشرع كانت هي إبعاد مدير شركة الإذاعة الثانية للراديو والتليفزيون . ذهب المجلس الدستوري على أن "هذه النصوص ذات مدي عاماً – أي أنها قاعدة عامة مجردة – وأن تطبيقها في مجال القطاع العام للاتصالات السمعية والبصرية لا يتضمن تعد على حرية تبادل الأفكار والآراء". ولقد انتهي المجلس الدستوري إلى أن "القانون لا يتعدي على مبدأ المساواة ، ولا على حرية تبادل الأفكار والآراء وأنه مطابق للدستور".

وهكذا – يتضح – مما سبق – أن المجلس الدستوري قد رفض الأخذ بنظرية الانحراف في استعمال السلطة التشريعية مستبعداً ما ذهب إليه النواب من وجود هذا العيب، ومقررا أن الطعن ينصب – في الواقع – على ملاءمة التشريع.

فالمجلس الدستوري قد أغلق الباب هنا – تماماً – لكل إمكانية للتمسك بنظرية الانحراف التشريعي، لكنه – من ناحية أخري – أكد أن رقابة السلطة التقديرية للمشرع لا تكون متصورة، إلا إذا ارتكب غلطاً بيناً في التقدير. وإذا كان المجلس الدستوري قد قرر أنه يمكن رقابة المشرع في حالة ارتكابه غلطاً بيناً في التقدير فلماذا لا يذهب إلى نفس الإمكانية في حالة وجود الانحراف في استعمال السلطة التشريعية والذي يثور – أيضاً – عندما تكون سلطة المشرع تقديرية.

والمجلس الدستوري في رفضه لنظرية الانحراف في استعمال السلطة التشريعية يسمح – في الواقع – للمشرع بالاعتداء على حقوق وحريات الأفراد.

فالمجلس الدستوري قد أخذ بظاهر النص التشريعي ولم يبحث عن الغرض الحقيقي للمشرع وما إذا كان يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة أم تحقيق مصالح شخصية.

مع أن رقابة الانحراف إنما تعني في جوهرها إلزام السلطات العامة بعدم استعمال سلطاتها إلا من أجل تحقيق المصلحة العامة والتي من أجلها منحها الدستور هذه السلطات حيث تعمل بسلطة تقدير واسعة، ورفض المجلس الدستوري الأخذ بنظرية الانحراف إنما يمثل في الواقع تقييد ذاتي من المجلس الدستوري بحيث يمنح البرلمان الاحترام والتوقير المقرر له في الدستوري والذي يعد من التقاليد الدستورية الفرنسية.

فالمجلس الدستوري يعتبر أن بحثه في غايات المشرع ومدي تطابق هذه الغايات مع المصلحة العامة يمس بخطورة هيبة البرلمان وبالتالي لا يجب البحث في هذه الغايات ومدي تطابقها مع المصلحة العامة. ولكننا في الواقع لا نؤيد المجلس الدستوري فيما ذهب إليه، وذلك لأننا نري أن البحث في نوايا المشرع إنما يكون بهدف الكشف عن الغاية الحقيقية من التشريع، فالمشرع يذكر دائماً أنه قد استهدف من التشريع تحقيق المصلحة العامة ولكنه قد يخفي

الغاية الحقيقية والهدف النهائي من التشريع. إذن فبحث القاضي الدستوري في هذه الغايات ومدى توافقها مع المصلحة العامة لا يمس هيبة أو تفوق البرلمان، وإنما يكشف عن العوار الدستوري الذي أصاب التشريع، وبحث القاضي هنا إنما يمثل في الواقع ممارسة لوظيفته الطبيعية في الرقابة على دستورية القوانين حماية للحقوق والحريات، وليس تعديا على المشرع ولا على السلطة التقديرية التي يتمتع بها ، وكل ما هنالك هو رقابة المشرع عندما يستعمل هذه السلطة التقديرية والتحقق من أنه قد أستعملها لتحقيق المصلحة العامة وإلا كان التشريع منطوياً على انحراف في استعمال السلطة التشريعية

وهكذا فإنه يجب عدم الوقوف عند ظاهر النص عندما يكون الطعن منصبا على الانحراف التشريعي، وإنما يجب البحث عن الغاية الحقيقية التي أضمرها المشرع وكان يسعى إلى تحقيقها من وراء إصداره التشريع. فإذا ما تبين للقاضي الدستوري وجود انحراف في استعمال السلطة التشريعية وجب عليه الحكم بعدم دستورية التشريع لانطوائه على هذا الانحراف وذلك صونا للدستور وعدم الخروج على أحكامه خروجا مستترا ، وحماية لحقوق الأفراد وحرياتهم.

الانحراف التشريعي والقانون رقم ٩٣٧ – ٨٤ الصادر في ٢٣ أكتوبر ١٩٨٤ بمنع الاحتكار وتحقيق الشفافية المالية والتعددية في المؤسسات الصحفية

إن حرية لصحافة تمثل – في الواقع – إحدى الحريات الأساسية التي تتمتع بحماية دستورية.

ولقد جاء النص على حرية الصحافة، في فرنسا – في العديد من النصوص حي نصت المادة ١١ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩ على أن "حرية تبادل الأفكار والآراء تعد من أثمن حقوق الإنسان. كل مواطن يستطيع أن يتكلم، وأن يكتب، وأن يطبع بحرية تامة".

كما أن دستور السنة الثالثة قد حظر في المادة ٣٥٥ منه "كل تقييد لحرية الصحافة". وأيضا دستور سنة ١٨٤٨ – في المادة الثامنة منه – أقر للمواطنين بالحق في "التعبير عن آرائهم عن طريق الصحف أو بغيرها وأن الصحافة لا يمكن، في أية حال، أن تكون خاضعة للرقابة".

ولقد جاء في القانون الخاص بحرية الصحافة الصادر في ٢٩ يوليو ١٨٨١ ما يلي أن "الطباعة والصحافة حرتان" "م ١٠".

كما نصت المادة الخامسة من ذلك القانون على أن "كل صحيفة أو مؤلف يمكن أن يكون منشوراً بدون ترخيص سابق، وبدون تقديم ضمان". ويتضح من ذلك أن قانون ٢٩ يوليو ١٨٨١ قد أقر بحق الأفراد في إصدار الصحف دون ترخيص سابق أو إيداع تأمين نقدي . كما أن هذا القانون الجمهوري أقر بوضوح، مبدأ حرية الصحافة.

ولكن المجلس الدستوري الفرنسي لم يشر – أبدا – في قراراته إلى قانون ٢٩ يوليو ١٨٨١ عند إقراره بالقيمة الدستورية لحرية الصحافة. وإنما كان يفضل – دائماً – الرجوع للمادة ١١ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن. وذلك على الرغم من إجماع الفقه على ضرورة أن يحظي قانون ٢٩ يوليو ١٨٨١ بمعاملة مماثلة لقانون ١ يوليو ١٩٠١ الذي أقر حرية التجمع، والذي استند إليه المجلس الدستوري في إقراره بالقيمة الدستورية لحرية التجمع، فكلاً منهما من المبادئ الأساسية المقرة بواسطة قوانين الجمهورية. ولكن المجلس الدستوري لم يأخذ بما ذهب إليه الفقه واستند – فقط – في إقراره بالقيمة الدستورية لحرية الصحافة إلى المادة ١١ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن.

كما أنه فيما يتعلق بحق الملكية الخاصة فقد نصت المادة الثانية من إعلان حقوق الإنسان والمواطن على أن "الملكية تعد من الحقوق الطبيعية" . كما نصت المادة ١٧ من نفس الإعلان على أن "الملكية حق مصون لا يمكن المساس به. ولا يمكن حرمان أحد من ملكيته إلا بتعويض عادل مقدماً". ولقد

أقر المجلس الدستوري بالقيمة الدستورية لحق الملكية الخاصة، ولكنه وضع حق الملكية في مرتبة تالية لحرية الصحافة مما جعله يقبل بعض القيود عليه، ولكن المجلس الدستوري إذا كان يقبل وضع بعض القيود على حق الملكية إلا أنه يذهب إلى إن الاعتداء على الملكية بصورة صارخة تستوجب الحكم بعدم دستورية التشريع.

ولقد جاء مرسوم ٢٦ أغسطس ١٩٤٤، الذي نظم لما يقرب من أربعين سنة الصحافة في فرنسا، مقرراً مبادئ التعددية الصحفية وحرية التعبير، وملكية وإدارة الصحف. ولقد كان هذا المرسوم – الصادر في ٢٦ أغسطس ١٩٤٤ – هو أول تشريع منظم لملكية الصحف في فرنسا حيث قرر مبدأ صحيفة لكل شخص، بمعني أنه لم يكن مسموحاً لذات الشخص أن يمتلك أو يصدر أكثر من صحيفة يومية ، وهذا يعني إباحة ملكية الصحف غير اليومية كالأسبوعية والشهرية بلا حدود(١).

وهكذا يتضح – مما سبق – أن المشرع في تنظيم ممارسة حرية الصحافة لا يمكنه إلا أن ينظمها بصورة تسمح بالتعددية الصحفية، وحرية إصدار الصحف وملكيتها، وذلك مراعاة للقواعد والمبادئ ذات القيمة الدستورية. فلا يمكن للمشرع – مثلاً – فيما يتعلق بإصدار الصحف إنشاء نظام الترخيص السابق أو إيداع تأمين نقدي. كما أنه في مجال ملكية الصحف لا يمكن للمشرع حرمان أحد من ملكيته إلا بتعويض عادل مقدماً، وذلك تطبيقاً للمبادئ والقواعد الواردة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادرة سنة ١٧٨٩ وقانون حرية الصحافة الصادر في ٢٩ يوليو ١٨٨١.

فالمشرع يجب عليه في تنظيمه لحرية الصحافة عدم وضع القيود التي تعرقل هذه الحرية الأساسية. ويجب عليه عدم المساس بالأوضاع القائمة، أو

---

(١) د. محمد باهي أبو يونس: التقييد القانوني لحرية الصحافة "دراسة مقارنة" ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، ١٩٩٦، ص ١١٩.

المراكز المكتسبة عند إصداره للقوانين المنظمة لحرية إصدار الصحف وملكيتها. فالقانون إنما يصدر لكي يطبق في المستقبل وليس بأثر رجعي على حالات أو أوضاع كانت موجودة وقبل صدوره.

وبصدد حرية إصدار الصحف وملكيتها صدر القانون رقم ٨٣٧-٨٤ في ٢٣ أكتوبر ١٩٨٤ "المتعلق بمنع الاحتكار وتحقيق الشفافية المالية والتعددية في المؤسسات الصحفية". حيث أعدت حكومة السيد Pierre Mauroy الاشتراكية سنة ١٩٨٣ مشروع هذا القانون وقدمته إلى الجمعية الوطنية ، التي كانت تتمتع بأغلبية مقاعدها، في شهر ديسمبر ١٩٨٣ وأقرته الجمعية الوطنية في ١٢ سبتمبر ١٩٨٤ ولقد أعلن السيد Mauroy – رئيس الحكومة الاشتراكية آنذاك – أن "الديمقراطية تقتضي التعددية ، والشفافية. وهذا يعني بدوره القضاء على كل محاولة لاحتكار الصحافة، وأنه يجب أن يعلم جميع أصحاب الصحف أن مرسوم ١٩٤٤ الذي وضع لهذا الشأن في عهد حكومة الجنرال ديجول، وإن كان لم ينل خطأ من التطبيق ، فقد آن الأوان لكي تعود إليه روح القوانين النافذة، وأن يتبني مشاكل الصحافة المعاصرة. وأنه لابد من القضاء على حرية تدعو إليها الاتجاهات الرأسمالية، وذلك لأنها لا تعدو أن تكون حرية القوي في افتراس الضعيف، فهي محض تطبيق لشريعة الغاب. لذا يجب علينا ألا ندعها تحكم الصحافة وتسود". ولذلك أعدت حكومة السيد Mauroy مشروع القانون – محل البحث – وذكرت أن الغاية منه هي منع الاحتكار وتحقيق الشفافية المالية والتعددية في المؤسسات الصحفية.

ولقد أثار مشروع هذا القانون مناقشات حامية في البرلمان، وبصفة خاصة في الجمعية الوطنية، لقد واستمرت هذه المناقشات مدة طويلة، "من شهر ديسمبر ١٩٨٣ حتى شهر سبتمبر ١٩٨٤"، بحيث حطمت الرقم القياسي للمناقشات البرلمانية جيث استغرقت ٢١٨ ساعة وعشر دقائق من المناقشات في جلسة عامة. وحققت – أيضاً – رقماً قياسياً في عدد التعديلات المقدمة على مشروع القانون في القراءة الأولي "٢٤٩١ تعديل"، وبعد ذلك وفي القراءة

الرابعة تم إقرار مشروع القانون في يوم الأربعاء ١٢ سبتمبر حيث وافق عليه ٣٢٣ نائباً من ٤٩١ في الجمعية الوطنية.

وهكذا نري أن ذلك القانون قد أثار مناقشات حادة وكبيرة بين النواب الإشراكيين المؤيدين لمشروع القانون، وبين نواب يمين الوسط المعارضين له، ولكن لما كانت الحكومة الاشتراكية والتي تقدمت بمشروع القانون هي صاحبة الأغلبية البرلمانية فقد تم إقرار مشروع القانون بالصيغة التي أردتها الحكومة. ولقد نص هذا القانون على تحقيق الشفافية المالية في المواد من ٣ إلى ٩ بحيث يكون للقارئ الحق في معرفة الذين يملكون أو يوجهون الصحف أو المؤسسات التي تصدر عنها، والوقوف على مواردها الاقتصادية أو المالية، على نحو تكون معه مؤسسة الصحافة بيتاً من زجاج يستطيع من هو خارجها أن يقف بدقة على ما يدور بداخلها. كما نص القانون، في المواد من ٢٦ إلى ٣١، على العقوبات التي يمكن توقيعها في حالة عدم الالتزام بما جاء في المواد من ٣ إلى ٩ التي تتطلب ضرورة تحقيق الشفافية.

كما أن القانون قد نص ، في المواد ١٠، ١١، ١٢، على حدود ملكية الأفراد للصحف اليومية، حيث وضع حداً أقصي لهذه الملكية، وهذا الحد يختلف تبعاً لما إذا كانت الصحف التي يملكها الفرد قومية فقط أو إقليمية فقط أو قومية وإقليمية معاً. كما حددت المادة ١٣ من ذلك القانون مجال تطبيق الحد الاقصي لملكية الصحف.

ولقد نص في المادة ٣٢ منه على الجزاء الذي يترتب في حالة عدم الالتزام بما جاء في المواد ١٠، ١١، ١٢ من وضع حد أقصي لملكية الصحف. ولقد أنشأ القانون لجنة، تسمي لجنة الشفافية والتعددية، تختص بضمان تطبيق النصوص المتعلقة بالشفافية وضمان عدم تجاوز الحد الأقصى لملكية الصحف ولقد جاء النص على هذه اللجنة وعلى اختصاصاتها وتشكيلها في المواد ٨، ١٥، ومن ١٦ إلى ٢٥ من ذلك القانون.

ولقد أعلنت الحكومة – كما سبق القول- أنها تهدف من وراء إصدار القانون إلى تحقيق الشفافية المالية من خلاء الوقوف على الموارد المالية للصحف أو المؤسسات التي تصدر عنها. وتسعي أيضاً إلى تحقيق التعددية من خلال المساح لجميع الاتجاهات أن تعبر عن نفسها، بحيث لا تتركز الصحف في يد مالك معين. ويكون ذلك من خلال منع الاحتكار بتحديد حد أقصي لملكية الصحف اليومية السياسية. وإذا كانت هذه هي الغايات التي أعلنتها الحكومة في تبريرها لذلك القانون ، فإننا نتساءل هل كانت هذه الغايات – بالفعل – هي الغايات التي كانت الحكومة تسعي إلى تحقيقها من وراء إصدار القانون، أم أنه كانت هناك غايات أخري – خفية – سعت الحكومة إلى تحقيقها؟ وما هو موقف المجلس الدستوري من ذلك؟

في الواقع أن النواب الذي عرضوا الأمر على المجلس الدستوري، بصدد ذلك القانون، قد ذهبوا ، استنادا إلى المواد ١٠، ١١، ١٢، وبصفة خاصة الفقرة الثانية من المادة ١٣ من المادة، إلى أن الهدف الحقيقي الحكومة من وراء إصدار القانون لم يكن المصلحة العامة، بل كان غرض الحكومة هو هدم أو تدمير المؤسسة الصحيفة الأكثر أهمية للمعارضة، وهي مؤسسة السيد Robert Hersant . فالتشريع قد وضع – فقط – لتحقيق غاية سياسية وكان ضد شخص واحد هو السيد Hersant . فهذا التشريع يفتقد – في الواقع – إلى الأساس الدستوري الموضوعي في جميع نصوصه. كما أن نصوص هذا القانون ذاته كانت حجية عليه Ad Hominem ، حيث أنها – في الواقع – كانت تدل دلالة واضحة على قصد الحكومة وغايتها الحقيقية، وهي هدم مؤسسة السيد Hersant الصحيفة، وهذه الغاية ليست من الصعب التحقق منها حيث كان يعلمها أعضاء البرلمان والصحافة ، والرأي العام، وبالتالي فإن هذا التشريع مشوب بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية.

وفي الواقع أننا إذا نظرنا إلى ما ذهب إليه النواب الذي عرضوا الأمر على المجلس الدستوري، نجد أن كافة الظروف – وأيضاً نصوص القانون ذاته

- كانت تبين أن الحكومة كانت تسعي ، في الواقع، إلى هدم أهم مجموعة صحيفة للمعارضة والتي كان يمتلكها السيد Robert Hersant . فالتشريع قد وضع لحالة فردية بالذات ولم يكن يسعي لتحقيق المصلحة العامة مما يجعله مشوباً بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية.

فمن ناحية أولي، إن الوثائق البرلمانية تبين أن الغاية الحقيقية التي أضمرتها الحكومة وكانت تسعي إلى تحقيقها هي تدمير مؤسسة السيد Hersant الصحفية، حيث ذهب السيد QUEYRANNE "مقرر لجنة الشئون الثقافية، العائلية، والاجتماعية بالجمعية الوطنية" إلى أن هدف الحكومة الحقيقي كان هو معاقبة السيد Eersant الذي كان يمتلك صحيفتي Le Figro et l'aurore ، حيث دأبت هاتين الصحيفتين على معارضة سياسة الحكومة - الاشتراكية آنذاك - ولهذا سعت الحكومة إلى تدمير مؤسسة السيد Hersant بتحديد حد أقصي لملكية الصحف مما يترتب معه فقدانه لملكية هاتين الصحيفتين ، كما أن ممثلي الحكومة لم ينكروا - أثناء المناقشات البرلمانية - أن القانون كان يقصد مؤسسة السيد Hersant ، وبصفة خاصة هاتين الصحيفتين.

كما أنه مما يبين - أيضاً - هذه الغاية الحقيقية للحكومة ما ذكره السيد Jean cluzel - مقرر اللجنة الخاصة بمجلس الشيوخ - في تقريره باسم هذه اللجنة، كما ورد في صحيفة Le canard enchaine ، أن "مشروع القانون الحكومي إنما كان موجه فقط ضد مجموعة السيد Hersant، وأن هذا القانون ينطوي على أمور مشبوهة ، حيث إنه يقصد، بصفة خاصة مجموعة صحفية واحدة وضد شخص واحد" ، بل إنه قانون Ad Hominem، أي قانون تتضمن نصوصه ما يبين هذه الغاية الحقيقية للحكومة، حيث إن نسب توزيع الصحف اليومية القومية والإقليمية أو المحلية ذات الأخبار السياسية والعامة، والتي تتحدد على أساسها ملكية الأفراد للصحف، كانت مقررة أو محسوبة بطريقة متعمدة بحيث إن مجموعة السيد Hersant الصحفية كانت الوحيدة المعنية

والمتأثرة بهذه النسب، في حين أن مجموعات صحفية أخري كانت متروكة مع أنها أيضاً كانت تحتكر مجموعة صحف إقليمية. ومن ناحية أخري، فإن نصوص القانون- ذاتها – تبين أن الغاية الحقيقية للحكومة كانت هدم مؤسسة السيد Hersant الصحفية . فقد نصت المادة العاشرة من ذلك القانون على أنه "لا يجوز لأي شخص أن يملك أكثر من صحيفة يومية قومية ذات الأخبار السياسية والعامة إذا كانت جملة ما توزعه يتجاوز ١٥ % من جملة ما توزعه كافة الصحف القومية اليومية التي من نفس الطبيعة". كما نصت المادة الحادية عشر على أنه "لا يجوز لأي شخص أن يملك أكثر من صحيفة يومية إقليمية أو محلية ذات الأخبار السياسية والعامة إذا كانت جملة ما توزعه يتجاوز ١٥ % من جملة ما توزعه كافة الصحف الإقليمية أو المحلية اليومية التي من نفس الطبيعة". ، ونصت المادة الثانية عشر على أنه "لا يجوز لأي شخص أن يملك صحيفة أو العديد من الصحف اليومية الإقليمية أو المحلية ذات الأخبار السياسية والعامة. ولا يجوز له أن يملك صحيفة أو العديد من الصحف اليومية القومية التي من نفس الطبيعة إذا كانت هذه الصحيفة أو تلك الصحف اليومية تتجاوز نسب توزيعها:

١- بالنسبة للصحف القومية ١٠ % من جملة ما توزعه كافة الصحف القومية اليومية التي من نفس الطبيعة.

٢- بالنسبة للصحف الإقليمية أو المحلية ١٠ % من جملة ما توزعه كافة الصحف الإقليمية أو المحلية اليومية التي من نفس الطبيعة".

وإذا نظرنا إلى هذه النصوص نجد أن الحكومة قد قامت بتحديد نسب التوزيع بطريقة حسابية دقيقة بحيث لا تنطبق إلا على مجموعة Hersant الصحفية والتي كانت نسبة توزيع الصحف التي تضمها تتجاوز النسب التي حددتها الحكومة وهي تعلم أن المؤسسات الصحفية الأخرى لا تتجاوز نسب توزيع الصحف التي تضمها النسب التي حددتها مما يظهر الغاية الحقيقية والقصد الخفي للحكومة من وراء هذا القانون بتحديدها نسب لن تنطبق إلى على

شخص واحد ومجموعة صحفية واحدة مما يجعل التشريع منطويا على انحراف في استعمال السلطة التشريعية، فمشرع القانون قد أعد بواسطة أشخاص لا يعلمون شيئاً عن الصحافة اليومية، ولقد تضمن هذا المشروع فكر الحكومة الذي سعت إليه وهو هدم مؤسسة السيد Hersant الصحفية.

ومما يدل – أيضاً – على وجود الانحراف في استعمال السلطة التشريعية وسعي الحكومة إلى هدم مجموعة السيد Hersant الصحفية ما جاء في صحيفة la Liberation "إن حكومة السيد Pierre Mauroy – الاشتراكية – سعت، ومنذ سقوطها في الانتخابات المحلية في مارس ١٩٨٣، إلى تفكيك أو هدم مجموعة Hersant الصحفية والتي كانت تؤيد أحزاب يمين الوسط في صحفها حتى فازت في الانتخابات المحلية، فسعت الحكومة إلى " prender le toreau par les cornes" ، بمعنى أن تمسك الرجل القوي، وهو هنا أحزاب يمين الوسط، من رأسه، أي من المجموعة الصحفية المؤيدة لها، فقررت الحكومة فصل الرأي عن الجسد، ومن هنا سعت إلى هدم مجموعة Hersant الصحفية.

ومما يدل على وجود الانحراف في استعمال السلطة التشريعية ما جاء في نص المادة ١٣ – فقرة ثانية – من القانون ذاته فلقد تضمنت هذه المادة فقرتين الأولى تتعلق بالمستقبل أو بالأوضاع التي سوف تكون بعد صدور القانون فقررت أنه "يجب مراعاة الحدود القصوى لنسب التوزيع – والتي يتحدد على أساسها ملكية الأفراد للصحف اليومية – المبينة في المادتين ١٠، ١١ والمحددة بـ ١٥ %، والمبينة – أيضاً – في المادة ١٢ والمحددة بـ ١٠ % وتقدر أو تحسب هذه الحدود القصوى خلال الإثنى عشر شهراً السابقة على اكتساب الملكية".

ونصت الفقرة الثانية من المادة ١٣ على أنه "بالنسبة للأوضاع أو المراكز القائمة عند صدور القانون" ، فإن هذه الحدود القصوى لنسب التوزيع تطبق عليها أيضاً – وتقدر هذه الحدود القصوى خلال الإثني عشر شهراً

السابقة على العمل بالقانون الحالي". أن هذه المادة "١٣" من القانون تتعلق بمجال تطبيق القانون من حيث الزمان. والفقرة الأولي لا تثير مشاكل لأنها تتعلق بالأوضاع التي سوف تنشأ في المستقبل والتي عليها الالتزام بالحدود القصوى لنسب توزيع الصحف اليومية القومية والإقليمية، والتي يتحد على أساسها ملكية الأفراد لهذه الصحف. ولكن إذا نظرنا إلى الفقرة الثانية من المادة ١٣ نجد أن المشرع قد ألزم كل مالك للصحف تجاوز ملكيته الحدود السابقة، خلال الإثني عشر السابقة على العمل بهذا القانون، أن يوفق أوضاعه خلال ستة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون، ومن هنا يكون على مثل هذا الشخص التنازل خلال هذه المدة عما يملكه من صحف زائدة عن تلك الحدود بأي تصرف من التصرفات الناقلة للملكية[1]. ومن هنا يظهر أن المشرع قد قصد بذلك تدمير مؤسسة السيد Hersant الصحفية بنزع ملكية الصحف التي تجاوزت تسب توزيعها النسب المحددة في المواد ١٠، ١١، ١٢ من القانون. مع أن السيد Hersant اكتسب ملكية هذه الصحف في ظل قانون سابق لم يشترط أي حد أقصي لنسب توزيع الصحف مثلما قرر القانون الحالي. ومما لا شك فيه أن ذلك يعد مساساً بالمراكز القانونية التي نشأت واستقرت قبل صدور القانون رقم ٩٣٧ لسنة ١٩٨٤. وبذلك يكون النص على الأثر الرجعي في الفقرة الثانية من المادة ١٣ من ذلك القانون قد بين قصد الحكومة وغايتها الحقيقية من وراء إصداره، حيث كانت تقصد شخصاً معيناً بالذات، ولم تكن تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، مما يجعل القانون مشوباً بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية.

ويتضح – مما سبق – أن كافة الظروف والملابسات ، التي أحاطت بالقانون رقم ٩٣٧ لسنة ١٩٨٤ الصادر في ٢٣ أكتوبر ١٩٨٤، من وثائق برلمانية و نصوص القانون ذاتها، وحديث السيد Pierre Mauroy رئيس الحكومة الاشتراكية آنذاك – إلى صحيفة Le Monde، وأيضا ما جاء في

---

(١) د. محمد باهي أبو يونس: المرجع السابق، ص ١٢٦.

صحيفة La Liberation ، تؤكد أن الحكومة كانت تقصد – في الواقع – هدم مؤسسة Hersant الصحفية – المؤيدة لأحزاب يمين الوسط – فالحكومة كانت تقصد الانتقام من السيد Hersant وتحطيم إمبراطوريته الصحفية وحرمانه من ملكية صحيفتي Le Figaro et l'aurore فالحكومة لم تكن تسعي إلى تحقيق المصلحة العامة، وإنما إلى تحقيق غاية سياسية بهدم المؤسسة الصحفية الأكثر أهمية للمعارضة اليمينية فأعدت مشروع القانون وهي تعلم أنه لن يطبق إلا على حالة فردية معينة بالذات، مما يجعل القانون منطوياً على انحراف في استعمال السلطة التشريعية. وإذا كان الأمر كذلك فما هو موقف المجلس الدستوري؟ هل أخذ – هنا – بنظرية الانحراف التشريعي أم لا؟

موقف المجلس الدستوري:-

إن المجلس الدستوري الفرنسي عندما بحث في ما ذهب إليه نواب المعارضة اليمينية في الجمعية الوطنية من أن القانون رقم ٩٣٧ – ٨٤ ، المتعلق بمنع الاحتكار وتحقيق الشفافية المالية والتعددية في المؤسسات الصحفية، ينطوي على انحراف في استعمال السلطة التشريعية لأن الحكومة، وإلبيتها البرلمانية، كانت تسعي – فقط – إلى هدم مؤسسة السيد Hersant الصحفية، مستندين في ذلك إلى المواد ١٠، ١١، ١٢، ١٣ "وبصفة خاصة الفقرة الثانية منها"، فإنه أي المجلس الدستوري – لم يتجاهل الطعن بالانحراف التشريعي وإنما بحث في ما ذا كان هذا الطعن صحيح أم لا؟

ولقد بحث المجلس عن وجود الانحراف التشريعي – أولاً – في نصوص المواد ١٠، ١١، ١٢ التي تحدد نسب التوزيع التي يتحدد على أساسها ملكية الصحف اليومية السياسية فذهب إلى أنه "إذا كانت المادة ١١ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩ تنص على أن "حرية تبادل الأفكار والآراء تعد من أثمن حقوق الإنسان. كل مواطن يمكنه أن يتكلم ويكتب ويطبع بحرية تامة". هذه المبادئ التي قررتها المادة ١١من الإعلان لا تتعارض مع حق المشرع – طبقاً للمادة ٣٤ من الدستور – أن "يحدد القواعد المتعلقة

بالحقوق المدنية والضمانات الأساسية المقررة للمواطنين لممارسة حرياتهم العامة". كذلك فإنه يحق للمشرع تحديد القواعد المتعلقة بممارسة حرية تبادل الأفكار والآراء عن طريق الكلام والكتابة والطباعة، ولكنه لا يمكنه تنظيم – هذه الحرية الأساسية – إلا بصورة تسمح بممارستها بشكل فعال. كما أن تحقيق التعددية الصحفية هو ذاته مبدأ ذو قيمة دستورية، ولذلك فإن حرية تبادل الأفكار والآراء المقرر في المادة ١١ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لن تكون فعالة إلا إذا كانت الصحف اليومية ذات الأخبار السياسية والعامة تنشر مختلف الآراء والأفكار بحيث يمكن للقراء ممارسة حقهم في الاختيار الحر. كما أن الحدود القصوى لنسب توزيع الصحف والتي يتحدد على أساسها ملكية الأفراد للصحف اليومية السياسية ، "القومية والإقليمية أو المحلية"، والمقررة في المواد ١٠، ١١، ١٢ من القانون لا يمكن النظر إليها إلا في ضوء المادة ١٣ من القانون والتي تتعلق بالنطاق الزمني لتطبق القانون حيث تضمنت هذه المادة – ١٣- فقرتين : الأولي تتعلق بالأوضاع اللاحقة على صدور القانون، والثانية تتعلق بالمراكز أو الأوضاع القائمة وقت صدور القانون. فالمواد ١٠، ١١، ١٢ سوف تكون غير مطابقة للدستور – إذا نظرنا إليها بمفردها – حيث أنها تعتدي على حرية تبادل الأفكار والآراء عن طريق الكلام أو الكتابة أو الطباعة بحرية، وبالتالي على حق الاختيار الحر للقراء . ولذلك فإن تطبيق المواد ١٠، ١١، ١٢ يرتبط بالمادة ١٣ ففيما يتعلق بالفقرة الأولي من المادة ١٣، والتي تتعلق بتطبيق القانون في المستقبل فإن المواد ١٠، ١١، ١٢ من القانون، والتي تحدد نسب توزيع الصحف التي تتحدد على أساسها ملكية الأفراد للصحف، تكون مطابقة للدستور. فيه لا تحظر إصدار الصحف ولا ملكيتها – في المستقبل – وإنما فقط تحدد نسب توزيع الصحف القومية والإقليمية أو المحلية اليومية ذات الأخبار السياسية والعامة. ولذلك فإن المواد ١٠، ١١، ١٢، والفقرة الأولي من المادة ١٣ من القانون لا تخالف المادة ١١ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن ولا تعتدي على حرية إصدار الصحف ولا ملكيتها ، وبالتالي فإنه تكون مطابقة للدستور. أما فيما يتعلق بالفقرة الثانية من المادة ١٣ من

القانون والتي تتعلق بالأوضاع والمراكز القائمة وقت صدور القانون فقد ذهب المجلس الدستوري إلى أن الأثر الذي سوف يترتب على تطبيقها هو إلزام مالكي الصحف اليومية القومية والإقليمية أو المحلية السياسية ، بمراعاة الحدود القصوى لنسب التوزيع المقررة في المواد ١٠، ١١، ١٢ من القانون، في حين أن الأوضاع والمراكز القائمة للمؤسسات الصحفية مالكة هذه الصحف قد نشأت في ظل تشريع لا يتضمن أية حدود قصوى لنسب التوزيع، وأضاف المجلس الدستوري أنه "إذا كان يباح للمشرع، عندما ينظم ممارسة إحدى الحريات العاملة مستعملاً السلطات التي منحته إياها المادة ٣٤ من الدستور، أن يقرر بالنسبة للمستقبل، إذا قدر ضرورة ذلك، قواعد أكثر شدة من تلك التي كانت مطبقة من قبل، إلا أنه لا يستطيع – عندما يتعلق الأمر بالمراكز المكتسبة ، المتعلقة بإحدى الحريات العامة، المساس بها إلا في حالتين:- الأولي:- إذا كانت هذه الأوضاع أو المراكز قد اكتسبت على نحو مخالف للقانون. الثانية:- إذا كان المساس بهذا المراكز ضرورياً لضمان تحقيق هدف دستوري. وبما أن القضاء – وحده – هو المختص بتقرير عدم قانونية المراكز المكتسبة، أي تقرير مشروعية أو عدم مشروعية المراكز المكتسبة للقانون الذي كان سارياً وقت قيامها وخلال تكوينها. وبما أنه فيما يتعلق بالصحف القومية اليومية – فإن تطبيق الفقرة الثانية من المادة ١٣ على المراكز القائمة وقت صدور القانون يمثل اعتداءا على التعددية لا حمايتها، لأنه يترتب على تطبيقها إلغاء أو نقل ملكية بعض هذه الصحف على نحو يتعارض مع رغبة القراء، وانتهي المجلس الدستوري إلى أنه "إذا كانت الفقرة الثانية من المادة ١٣ تسعي إلى تطبيق الحدود القصوى لنسب التوزيع المقررة في المواد ١٠، ١١، ١٢ على المراكز القائمة وقت صدور القانون، فإن ذلك لا يجد ما يبرره سواء من حيث عدم مشروعية أو قانونية اكتساب تلك المراكز، أو من خلال مقتضي أو ضرورة التعددية ، فإن الفقرة الثانية من المادة ١٣ التي يمكن فصلها عن الفقرة الأولي منها – والتي قررت المجلس مطابقتها للدستور تكون غير مطابقة للدستور.

وهكذا يكون المجلس الدستوري قد انتهي إلى عدم دستورية الفقرة الثانية

من المادة ١٣ من القانون والتي كان يترتب على تطبيقها هدم أو تدمير مؤسسة السيد Hersant الصحفية.

وفي الواقع أن المجلس الدستوري الفرنسي كان موفقاً جداً في تحليله لنصوص المواد التي استند إليها النواب للقول بأن القانون ينطوي على انحراف في استعمال السلطة التشريعية. حيث قام المجلس الدستوري بالبحث في ما إذا كان يوجد بالفعل انحراف في استعمال السلطة التشريعية أم لا. فلا يقف المجلس الدستوري عند ظاهر النص، عندما ذكرته الحكومة من أنها كانت تسعي إلى تحقيق المصلحة العامة من خلال منع الاحتكار وتحقيق الشفافية المالية والتعددية، وإنما بحث فيما إذا كان ما ذكرته الحكومة صحيح أم لا. فلقد قام بالبحث في نوايا المشرع وغاياته ودوافعه الحقيقية من وراء إصداره للتشريع لبحث، أولاً، في المواد ١٠، ١١، ١٢ التي قررت نسب توزيع الصحف اليومية القومية والإقليمية أو المحلية التي تنشر الأخبار السياسية والعامة، وفيما إذا كانت هذه النسب قد حددتها الحكومة بطريقة حسابية دقيقة لهدم مؤسسة Hersant الصحفية، وذهب المجلس إلا أن هذه المواد إذا نظرنا إليها بمفردها فإنها سوف تكون غير مطابقة للدستور لأنها تخالف المادة ١١ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن التي تقرر حرية تبادل الأفكار والآراء وحرية المواطنين في الكلام والكتابة والطبع بحرية. ولذلك فإنه ربط تطبيق المواد ١٠، ١١، ١٢ من القانون بالمادة ١٣ منه، وكان المجلس موفقاً جداً في ذلك حيث أن المادة ١٣ تتعلق بالنطاق الزمني لتطبيق القانون.

ولم يقف المجلس الدستوري عند ذلك وإنما قرر أن المشرع إذا كان يمكنه وضع القواعد المنظمة للحقوق المدنية وضمانات الأفراد لممارسة الحريات العامة، بما فيها حرية تبادل الأفكار والآراء، إلا أنه لا يمكنه تنظيم هذه الحريات العامة إلا بصورة تسمح بالممارسة الفعالة لها. فالمجلس الدستوري وإن كان قد قرر حق المشرع في تنظيم الحريات والحقوق العامة، إلا أنه لم يترك المشرع يضع على هذه الحريات والحقوق من القيود مما يجعل

ممارستها غير فعالة أو مستحيلة، أو ينتقص منها أو يهدرها، وإنما قيد المشرع عند تنظيمه لها بضرورة مراعاة ممارسة المواطنين لهذه الحراسات والحقوق العامة ممارسة فعالة. فسلطة المشرع التقديرية في تنظيم الحريات والحقوق العامة ليست مطلقة، وإنما يفرض المجلس الدستوري – هنا – والقاضي الدستوري – بصفة عامة – رقابته عليها للتأكد من أن المشرع لم يستعمل هذه السلطة التقديرية لتحقيق غاية أخري غير المصلحة العامة. وبذلك فإن المجلس الدستوري يكون قد مارس رغبته على سلطة المشرع التقديرية في تنظيمه لحرية إصدار الصحف وملكيتها. والمجلس الدستوري – كما سبق القول- كان موفقاً في ربطه تطبيق نسب توزيع الصحف اليومية السياسية بالمادة ١٣ من القانون، فهذه المادة قد تضمنت فقرتين الأولي تتعلق بتطبيق القانون في المستقبل، والثانية تتعلق بتطبيقه على المراكز القائمة رغم صدوره. ومما لا شك فيه أن المجلس الدستوري كان على حق في ذلك، وكان – أيضاً – موفقاً في تحليله لهذه المادة – ١٣ من القانون – التي تتعلق بالنطاق الزمني لتطبيق القانون. ففيما يتعلق بالفقرة الأولي من المادة١٣ فإنها تتعلق بتطبيق نسب توزيع الصحف اليومية القومية والإقليمية ذات الأخبار السياسية والعامة، والواردة في المواد ١٠، ١١، ١٢ من القانون، على الأوضاع اللاحقة على صدور القانون ، فالنسب الواردة في تلك المواد والتي يتحدد على أساسها ملكية الأفراد لتلك الصحف سوف تطبق في المستقبل. فالمواد ١٠، ١١، ١٢ من ذلك القانون لا تحرم الأفراد من حرية إصدار الصحف وملكيتها – في المستقبل – وإنما تضع حدوداً قصوى لنسب توزيع الصحف اليومية القومية أو الإقليمية أو المحلية ذات الأخبار السياسية والعامة، وهذا حق للمشرع فله أن ينظم الحقوق والحريات العامة بالنسبة للمستقبل بما لا يؤدي إلى وضع القيود عليها أو إهدارها، أو حرمان فرد من ملكيته دون تعويض عادل ومقدم وفقاً لما قرره إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩ ، ولذلك فإن ما قرره المجلس الدستوري من دستورية المواد ١٠، ١١، ١٢ ، والفقرة الأولي من المادة ١٣، قد جاء صحيحاً ومطابقاً للدستور. وفي الواقع – أيضاً – أن تحليل

المجلس الدستوري للفقرة الثانية من المادة ١٣ كان صحيحاً تماماً، فهذه الفقرة كانت تتعلق، كما سبق القول، بتطبيق المواد ١٠، ١١، ١٢ – التي تقرر نسب توزيع الصحف اليومية القومية والإقليمية أو المحلية ذات الأخبار السياسية والعامة والتي يتحدد على أساسها ملكية الأفراد لتلك الصحف بأثر رجعي، وهذا بلا شك يعد مساساً بالمراكز المكتسبة التي نشأت واستقرت في ظل قانون سابق. فالمجلس الدستوري قد بحث قصد المشرع من النص على الأثر الرجعي، ولم يقف عندما ذكره المشرع من أنه كان يقصد – من ذلك – منع الاحتكار وتحقيق الشفافية المالية والتعددية. فبحث المجلس عن القصد الخفي للمشرع وغايته الحقيقية من وراء النص على الأثر الرجعي، وقرر أن قصد المشرع الحقيقي الذي يظهر من أثر تطبيق القانون بأثر رجعي هو إلزام كل مالك للصحف اليومية القومية والإقليمية أو المحلية السياسية التي تجاوزت نسب توزيع صحفه النسب المقررة في المواد ١٠، ١١، ١٢ بالتنازل عن ملكية هذه الصحف التي تجاوزت الحدود القصوى لنسب التوزيع بأي تصرف من التصرفات الناقلة للملكية. ولما كانت تلك النسب تنطبق فقط على شخص واحد هو السيد Hersant، فهنا يظهر قصد المشرع الخفي وغايته الحقيقية من النص على تطبيق القانون بأثر رجعي بقصد حرمان السيد Hersant من أهم الصحف التي تضمنها مؤسسته الصحفية وخاصة صحيفتي Le Figaro et l'aurore وبذلك يكون المجلس الدستوري قد أخذ بصحيح نظرية الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، حيث راقب المشرع في استعماله للسلطة التقديرية التي منحه إياها الدستور ، وما إذا كان قد استعمل هذه السلطة لتحقيق الغاية التي من أجلها منحه الدستور هذه السلطة وهي المصلحة العامة، أم أن المشرع كان يسعي لتحقيق غاية أخري. وانتهي المجلس إلى أن المشرع بنصه على الأثر الرجعي في الفقرة الثانية من المادة ١٣ يكون قد مس بالمراكز المكتسبة التي كانت قائمة وقت صدور القانون رقم ٩٣٧٥ لسنة ١٩٨٤.

ولكن المجلس الدستوري قرر – أيضاً – أن "المشرع إذا كان يمكنه تنظيم الحريات العامة أن يضع قواعد أكثر شدة من تلك التي كانت موجودة من

قبل، إلا أن ذلك يكون بالنسبة للمستقبل، مع ضمان الممارسة الفعالة للحريات العامة بعدم وضع قيود عليها تجعل ممارستها مستحيلة أو انتقاصها أو إهدارها ، إلا أن المشرع لا يمكنه، عندما يتعلق الأمر بالمراكز القائمة المتعلقة بإحدى الحريات العامة، المساس بهذه المراكز المكتسبة إلا في حالتين:-

١- إذا كان اكتساب هذه المراكز قد تم بطريقة غير مشروعة، أي على نحو مخالف للقانون.

٢- إذا كان المساس بهذه المراكز ضروريا لضمان تحقيق هدف دستوري.

وأن تقرير عدم قانونية المراكز المكتسبة، أي تقرير مشروعية أو عدم مشروعية اكتساب هذه المراكز يكون من اختصاص القضاء وحده".

ومما لا شك فيه أن ما ذهب إليه المجلس الدستوري صحيح تماماً، حيث يجب على المشرع عدم المساس بالمراكز المكتسبة إلا إذا كان هناك ما يبرر هذا المساس بالنص على الأثر الرجعي. فالمشرع يمكنه - في غير المواد الجنائية - أن يجعل للقانون أثراً رجعياً إذا كانت هناك مبررات لذلك[1]. ومبدأ عدم رجعية القانون، الذي يقصد به أن القانون لا يطبق إلا على الوقائع التي تمت بعد صدوره، أما ما حدث قبل ذلك فلا شأن للقانون به، بل يظل محكوماً بالقانون الذي نشأت الوقائع في ظله، مبدأ هام تمليه اعتبارات متعددة من المنطق والمصلحة العامة والعدالة، فالمنطق يقضي ألا يطبق القانون على الماضي، لأن القانون خطاب للأشخاص ليوجهوا سلوكهم على مقتضاه ، فلابد أن يكون هذا الخطاب سابقاً في وجوده على السلوك المطلوب، فالتشريع لا يكون نافذاً إلا بعد نشره حتى تتاح الفرصة للناس لكي يعملوا به ويوجهوا سلوكهم وفق ما يتطلبه، ولذلك فلا يتصور أن نحاسبهم وفقاً لقانون لم يكن

(١) د. عبدالودود يحي، د. نعمان جمعة: دروس في مبادئ القانون، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، ١٩٩٨، ص ١٥١.

موجوداً وقت صدور الأفعال التي نحاسبهم عليها، كما تقضي المصلحة العامة بعدم سريان القانون على الماضي حتى لا تضطرب المعاملات ويسود القلق بين الناس ، إذا أمكن للقانون الجديد أن يعدل بأثر رجعي الأوضاع والآثار القانونية التي تمت قبل صدوره ، كما أنه ليس من العدل في شيء أن يقوم الأفراد بأفعال لا يحرمها القانون أو يرتبوا أمورهم وفقاً لرغباتهم، ثم يأتي بعد ذلك قانون يعاقب على الأفعال التي صدرت منهم أو يعدل في تصرفاتهم السابقة على نحو يخالف ما أراده[١]

ولذلك. ولكل تلك الاعتبارات، يجب ألا يطبق القانون الجديد على الوقائع التي تكونت واستقرت قبل العمل به[٢]. وعلى ذلك فإنه لا يجوز للمشرع عند تنظيمه لإحدى الحريات العامة أن ينص على سريان القانون المنظم لها بأثر رجعي على نحو يخل بالمراكز المكتسبة إلا – وحسبما ذهب إليه المجلس الدستوري كما سبق القول – في حالتين:-

الأولي:- إذا تم اكتساب هذه المراكز على نحو مخالف للقانون. الثانية: إذا كان المساس بهذه المراكز ضرورياً لضمان تحقيق هدف دستوري.

وإذا نظرنا إلى ما ذهب إليه المجلس الدستوري – هنا – وجدناه صحيحاً، فبالنسبة للحالة الأولي ، فإنها تستند على أساس منطقي، ذلك لأن مبدأ رجعية عدم القانون الجديد إلى ما استقر من مراكز في ظل قانون قديم، وهو يستهدف احترام الحقوق المكتسبة، ومراعاة الاستقرار الواجب للمعاملات، يكون مشروطاً ضمناً بأن يكون اكتساب هذه المراكز قد تم صحيحاً، وموافقاً للقانون الذي تكونت في ظله، ولم تكتسب بناء على غش نحو القانون أو مخالفة لأحكامه، ذلك لأنه لا يعقل أن يمتد هذا المبدأ – أي مبدأ عدم رجعية القانون الجديد – بحمايته إلى ما اكتسب من المراكز غصباً على نحو غير مشروع أو

---

(١) د. عبدالودود يحي ، د. نعمان جمعه: المرجع السابق، ١٥٠، ١٥١.

(٢) د حسن كيرة: المدخل إلى القانون "النظرية العامة للقاعدة القانونية" . منشأت المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٣، ص ٣٣٩، ٣٤٠.

ما تكون منها بناء على غش نحو القانون، وإلى كان هذا معناه أن يتخذ من المبادئ العامة للقانون وسيلة لحماية أوضاع غير شرعية، ومواقف مخالفة للقانون، فمبادئ العدالة التي يستند عليها مبدأ عدم الرجعية تقتضي ألا يكون جديراً بحمايته من التصرفات إلا ما كان قد تكون منها في إطار قانون سليم، وجاء متفقاً مع القانون الذي كان قائماً وقت تكوينه، وما كان مطبقاً عند تمامه[١].

وأما عن الجهة التي تقرر عدم قانونية المراكز المكتسبة عند صدور القانون الجديد لكي يطبق بأثر رجعي عليه، فقد قرر المجلس الدستوري أن القضاء – وليس المشرع – هو الذي يختص وحده بتقرير عدم مشروعية المراكز المكتسبة، أي تقرير مخالفة هذه المراكز للقانون الذي كان سارياً وقت قيامها.

وفي الواقع أن ما ذهب إليه المجلس الدستوري صحيح، حيث لا يجوز للمشرع أن يصدر قانوناً يمس بالمراكز المكتسبة التي تكونت قبل صدوره، حتى ولو كانت قد نشأت على نحو مخالف للقانون، مادام أن القضاء لم يقض بمخالفتها للقانون أو عدم مشروعيتها ، وذلك لأن المشرع قد ينحرف بسلطته – التقديرية – فيصدر تشريعاً يعيد تنظيم ما استقر من المراكز على نحو يمس بها لأهداف خاصة، وليس يقصد تحقيق المصلحة العامة[٢]. وهذا ما سعت إليه حكومة السيد Mauroy الاشتراكية من هدم مؤسسة السيد Hersant الصحفية وحرمانه من أهم صحفه المؤيدة للمعارضة اليمينية – يمين الوسط – صحيفتي "Le Figaro et l'aurore" فالمشرع عندما نص في الفقرة الثانية من المادة ١٣ على تطبيق الحدود القصوى لنسب توزيع الصحف اليومية السياسية القومية والإقليمية أو المحلية، كان يقصد شخص واحد بالذات مما يجعل

---

(١) د. محمد باهي أبو يونس : التقييد القانوني لحرية الصحافة المرجع السابق، ص ١٢٧، ١٢٨.

(٢) د. محمد بهي أبو يونس: المرجع السابق ، ص ١٢٨.

تشريعه منطوياً على انحراف في استعمال السلطة التشريعية، ويدل على ذلك أن السيد Hersant كان مالك الصحف الوحيد في فرنسا الذي تجاوزت نسب توزيع صحفه اليومية السياسية الحدود القصوى المقررة في المواد ١٠، ١١، ١٢ من القانون والتي تتحدد على أساسها ملكية الأفراد لتلك الصحف. وهذا، في حقيقة الأمر، يظهر قصد المشرع في أنه كان يقصد حالة فردية بالذات، وإلا لماذا نص على تطبيق المواد ١٠، ١١، ١٢ من القانون بأثر رجعي . فغرض الحكومة في هدم مؤسسة السيد Hersant يبدو – إذن – واضحاً ، فالحكومة كانت تعلم وهي بصدد إعداد مشروع القانون أن النسب التي حددتها لتوزيع الصحف اليومية السياسية القومية والإقليمية أو المحلية لن تنطبق – في الواقع – إلا على حالة فردية واحدة بالذات، هي حالة السيد ersant ، ومن هنا سعت إلى أن يتضمن مشروع القانون النص على الأثر الرجعي لكي تطبق النسب التي حددتها على مؤسسة السيد Hersant الصحفية.

فالمشرع أراد هنا حالة فردية بالذات ولكنه أصدر التشريع في صورة عامة مجردة، فقد المشرع الحقيقي هو إصدار قرار إداري في صورة تشريع صوري، مما يجعل القانون مشوباً بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية. ولقد كان المجلس الدستوري موفقاً جداً عندما قرر أن القاضي هو المختص وحده بتقرير عدم قانونية المراكز المكتسبة، وذلك لأن الاعتراف للمشرع بذلك الاختصاص يمثل إخلالاً بمبدأ الفصل بين السلطات، لأن معناه أن يختص المشرع بأمر من اخص شئون السلطة القضائية، فيكون بذلك قد تدخل في عمل القضاء، واغتصب أحد مهامه على اعتبار أن القضاء من الناحية الدستورية هو صاحب الاختصاص الأصيل بأن يلحق بتصرف معين وصف مخالفته للقانون أو اتفاقه معه، فإن قيام المشرع بذلك فإنه ولا ريب يكون قد خرق هذا المبدأ، بل أنه يكون قد ارتكبت انحرافا ، لأنه استخدم القانون لتصفية مواقف خاصة بدلاً من الالتجاء للقضاء، وهذا ما سعت إليه بالفعل الحكومة الاشتراكية حيث أنها عندما لم تتمكن من التخلص من مؤسسة السيد Hersant الصحفية عن طريق القضاء لمخالفته لمرسوم ٢٦ أغسطس ١٩٤٤، لجأت إلى المشرع ،

وهو يمثل ذات اتجاهها، الذي تخلي عن وظيفته في إقرار القواعد العامة المجردة، وساندها بذلك النص، أي الفقرة الثالثة من المادة ١٣ من القانون، في تحقيق غايتها.

ويظهر من ذلك – أيضاً – قصد الحكومة الحقيقي في هدم مؤسسة السيد Hersant الصحفية بأي وسيلة، ومن هنا كان نص المشرع على تطبيق المواد ١٠، ١١، ١٢ بأثر رجعي يظهر النية الخفية للحكومة، وأغلبيتها البرلمانية، في السعي لتحقيق تلك الغاية وبناء على ذلك، ووفقاً لما ذهب إليه المجلس الدستوري، فإن نص الفقرة الثانية من المادة ١٣ الذي يقرر تطبيق المواد ١٠، ١١، ١٢ من القانون – بأثر رجعي – على المراكز المكتسبة قبل صدور ذلك القانون – الجديد – لا يكون مخالف للدستور[1].

ولقد كان قرار المجلس الدستوري بعدم مطابقة الفقرة الثانية من المادة ١٣ من ذلك القانون للدستور قراراً سليماً ، وبالتالي فإن القانون الجديد لن يطبق بأثر رجعي على المراكز المكتسبة قبل صدوره. وبذلك يكون المجلس الدستوري قد فوت على الحكومة تحقيق ما كانت تسعي إليه من عدم مؤسسة السيد Hersant الصحفية ، بل بقيت هذه المؤسسة كما هي، ولم يفقد السيد Hersant أي من صحفه التي كانت تضمنها مؤسسته الصحفية.

ولكن المجلس الدستوري على الرغم من أنه قد قرر في الحالة السابقة أنه لا يجوز للمشرع أن يصدر قانوناً يمس بالمراكز المكتسبة قبل صدوره، حتى ولو كانت قد نشأت على نحو مخالف للقانون، طالما أن القضاء لم يقض بمخالفتها للقانون أو عدم مشروعيتها، إلا أنه – أي المجلس الدستوري – قد قرر – من ناحية أخري – أنه يجوز للمشرع أن يقرر سريان القانون الجديد الذي ينظم ممارسة إحدى الحريات العامة بأثر رجعي على نحو يمس بالمراكز المكتسبة، حتى ولو كانت قد اكتسبت على نحو يتفق مع القانون الذي تمت في

---

(١) د. محمد باهي أبو يونس: المرجع السابق، ص ١٢٩.

ظله، ولكن بشرط أن يستهدف بذلك ضمان احترام مبدأ من المبادئ الدستورية، وهذا يجد تبريره فيما للدستور ومبادئه وأهدافه من قيمة تعلو كافة القوانين والمبادئ القانونية الأخرى؛ وتصرفات الأفراد – بلا شك لا تعد استثناءا من هذا الأصل، لذا فإنها يجب أن توفق وفقاً للمبادئ الدستورية، وتكون أكثر اتساقا مع النصوص والأهداف الدستورية التي يجب أن يتوخاها المشرع في كل ما يصدر من قوانين[1]. وإذا كان للمشرع أن ينص على سريان القانون الجديد بأثر رجعي على نحو يمس بالمراكز المكتسبة، إذا كان يسعي من وراء ذلك إلى تحقيق هدف دستوري ، فهل كان نص المشرع على سريان الفقرة الثانية من المادة ١٣ من القانون رقم ٩٣٧ لسنة ١٩٨٤ يستهدف ضمان احترام المبادئ الدستورية؟.

وبمعنى آخر هل كان المشرع يسعي من خلال ذلك النص إلى تحقيق هدف دستوري؟

لقد أجاب المجلس الدستوري على هذا التساؤل بالنفي، حيث قرر أن تطبيق نص الفقرة الثانية من المادة ١٣ من ذلك القانون على المراكز القائمة وقت صدور القانون رقم ٩٣٧ لسنة ١٩٨٤ يمثل اعتداءا على التعددية لحمايتها، لأنه يترتب على تطبيقه إلغاء أو نقل ملكية بعض الصحف القومية والإقليمية أو المحلية ذات الأخبار السياسية والعامة على نحو يتعارض مع رغبة قرائها.

وهكذا يتضح أن المجلس الدستوري لم يقف عند الغايات التي أعلنتها الحكومة، ومنها التعددية، وإنما بحث فيما إذا كان المشرع قد سعي – بالفعل – من وراء النص على الأثر الرجعي إلى تحقيق هدف دستوري أم لا، أي أنه بحث في نية المشرع – الخفية – للكشف عن غايته من وراء النص على الأثر الرجعي، وهذا البحث يدل ، في الواقع، على أن المجلس الدستوري – قد أخذ

---

(١) د. محمد باهي أبو يونس : المرجع السابق، ص ١٣٠.

بنظرية الانحراف في استعمال السلطة التشريعية. فالمجلس الدستوري، إذن، لم يستطع، عندما أثير أمامه وجود الانحراف في استعمال السلطة التشريعية ، هنا، وبخصوص القانون رقم ٩٣٧ لسنة ١٩٨٤ إلا قبول هذا الطعن بوجود الانحراف التشريعي، ولكنه لم يقرر وجود الانحراف - صراحة - ولكنه بصورة ضمنية. حيث قام المجلس الدستوري بالبحث في نية المشرع للكشف عن غرضه الحقيقي، ولم يقف عندما ذكره المشرع من أنه كان يسع إلى منع الاحتكار وتحقيق الشفافية والتعددية، وأكد – من خلال بحثه – أن المشرع لم يسع إلى تحقيق هذه الغايات وإنما كان قصده – فقط – هو هدم مؤسسة السيد Hersant الصحفية . ومن هنا فقد توصل المجلس الدستوري إلى صحة الطعن بوجود الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، حيث راقب المشرع في الوسائل التي استعملها لتحقيق غايته الحقيقية، وهي هدم مؤسسة السيد Hersant الصحفية، لاسيما النص على الأثر الرجعي في الفقرة الثانية من المادة ١٣ من القانون، والتي كان يترتب على تطبيقها حرمان السيد Hersant من أهم صحفه، حيث كان سيفقد صحيفتي Le Figaro et L'aurore ، ولذلك قرر المجلس الدستوري عدم مطابقة الفقرة الثانية من المادة ١٣ للدستور والمجلس الدستوري بقراره هذا يكون قد جنب مجموعة السيد Hersant الصحفية من التدمير. وقد تم ذلك – من وجهة نظرنا – على أساس وجود الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، إلا أن المجلس الدستوري قد تجنب التصريح بذلك، وقرر عدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ١٣ من القانون على أساس أن تطبيقها كان يعتبر اعتداءا من المشرع على المراكز المكتسبة قبل صدوره.

فالمجلس الدستوري لم يشأ أن يصم البرلمان – مباشرة – بأنه انحراف في استعمال سلطته التشريعية وإنما فعل ذلك بصورة ضمنية، مع أنه كان يجب عليه – في نظرنا – أن يقرر صراحة وجود الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، لأن قصد المشرع sudi ، إلى هدم مؤسسة السيد hersant الصحفية كان واضحاً لاسيما من خلال النص على الأثر الرجعي، وكذلك كافة الظروف

والملابسات التي أحاطت بالقانون. ولكن المجلس الدستوري لاعتبارات سياسة قرر عدم مطابقة الفقرة الثانية من المادة ١٣ من القانون للدستور، لأن تطبيقها يعد مساساً بالمراكز المكتسبة وقت صدور القانون. وعلى أية حال فالمجلس الدستوري، وإن لم يقرر – صراحة – وجود الانحراف التشريعي ، إلا أنه قد بحث في نظرية الانحراف بصورتها الصحيحة، حيث بحث في نوايا المشرع للكشف عن الغاية الحقيقية التي أضمرها وقصد تحقيقها من وراء إصداره للتشريع. وبذلك يكون المجلس الدستوري قد حدد اختصاص المشرع بإلزامه بضرورة تحقيق الغايات التي يعلنها.

الانحراف التشريعي والقانون رقم ١١٩٧ -٨٦ الصادر في ٢٤ نوفمبر ١٩٨٦ "بتحديد الدوائر الانتخابية لانتخاب أعضاء الجمعية الوطنية".

مما لا شك فيه أنه يجب على المشرع – كما سبق القول – عند تحديده للدوائر الانتخابية أن يسعي إلى تحقيق المصلحة العامة ، بحيث إنه إذا لم يراع تحقيق هذه المصلحة، وسعي إلى تحقيق مصلحة أخري، فإنه يكون قد انحرف في استعمال سلطته التشريعية.

وبصدد طريقة انتخاب أعضاء الجمعية الوطنية أعدت حكومة السيد Jacques Chirac اليمينية – يمين الوسط – التي وصلت إلى السلطة في مارس ١٩٨٦ ، مشروع قانون لتعديل القانون الانتخابي الذي كان قد أقرته – من قبل – الحكومة الاشتراكية في ١٠ يوليو ١٩٨٥ . ومن الملاحظ أن النزاع حول طريقة الاقتراع يعد نزاعاً تقليدياً في فرنسا في إطار الجمهورية الخامسة، فمثلاً إن الجنرال ديجول لم يوافق على اقتراح السيد Debre الذي كان يسعى ، من خلاله – إلى إدراج طريقة الاقتراع في الدستور بحيث تصبح مادة من مواده، وعلى ذلك ظلت طريقة الانتخاب – في فرنسا – خاضعة للمشرع بحيث يكفي لتعديلها صدور تشريع من البرلمان يقر هذا التعديل.

ومنذ سنة ١٩٥٨ حتى سنة ١٩٨٥، فإن الجمعية الوطنية كانت تتكون من ٤٩١ عضواً ينتخبون بطريقة الانتخاب الفردي بالأغلبية المطلقة على جولتين في نطاق دوائر انتخابية ذات أحجام متعادلة أو متساوية، وفي سنة ١٩٨٥ قامت الحكومة اليسارية "الاشتراكيين والشيوعيين" عن طريق أغلبيتها البرلمانية بإقرار تشريعين في ١٠ يوليو ١٩٨٥، وكان الأول ينص على أن "يصبح عدد أعضاء الجمعية الوطنية ٥٧٧ عضوا" وكان الثاني ينص على أن "الانتخابات سوف تتم بالقائمة على أساس التمثيل النسبي".

ولكن حكومة السيد Chirac التي وصلت إلى الحكم في ربيع ١٩٨٦ قامت بتعديل قانون ١٠ يوليو ١٩٨٥ والعودة إلى الانتخاب الفردي بالأغلبية المطلقة على جولتين، ولكنها احتفظت بعدد أعضاء الجمعية الوطنية كما كان محدداً في القانون الآخر، وهو ٥٧٧ عضوا، وبعد معركة حامية جداً من المعارضة اليسارية وأيضاً اليمين المتطرف "الجبهة الوطنية" أقر البرلمان في مايو ١٩٨٦ قانوناً ينص على أن "يكون انتخاب أعضاء الجمعية الوطنية بطرقة الانتخاب الفردي بالأغلبية المطلقة على جولتين. ومنح الحكومة سلطة، بواسطة مراسيم تصدر طبقاً للمادة ٣٨ من الدستور، تحديد الدوائر الانتخابية". ولقد قام أكثر من ستين عضواً من أعضاء الجمعية الوطنية من المعارضة اليسارية بعرض الأمر – بصدد هذا القانون – على المجلس الدستوري، وذهبوا إلى أن منح الحكومة سلطة تحديد الدوائر الانتخابية، بواسطة مراسيم، من أجل انتخاب أعضاء الجمعية الوطنية يتضمن اعتداءا على مبدأ الفصل بين السلطات، وذلك لأن المشرع هو المختص بتحديد الدوائر الانتخابية، وبالتالي يكون القانون الذي منح الحكومة هذه السلطة مخالف للدستور.

وبصدد هذا الطعن ذهب المجلس الدستوري إلى أنه "إذا كانت المادة ٣٨ من الدستور تنص على أن "الحكومة يمكنها أن تطلب من البرلمان أن يسمح لها أن تتخذ بواسطة مراسيم، خلال مدة محددة إجراءات تدخل في النطاق التشريعي، وأنه إذا كان المشرع هو المختص وفقاً لمادة ٣٤ من الدستور

بتحديد القواعد المتعلقة بالنظام الانتخابي للمجالس البرلمانية؛ وأنه لما كان تحديد الدوائر الانتخابية أحد مكونات هذا النظام فإنه يترتب على ذلك – إذن – أن منح الحكومة سلطة تحديد الدوائر الانتخابية لا يتضمن اعتداءا على مبدأ الفصل بين السلطات، وبذلك يكون القانون الذي منحها هذه السلطة، وفقاً للمادة ٣٨ من الدستور، غير مخالف للدستور. وبناء على ذلك صدر القانون، المتعلق بانتخابات الجمعية الوطنية والذي يمنح الحكومة سلطة تحديد الدوائر الانتخابية بواسطة مراسيم، في ١١ يوليو ١٩٨٦. وعلى أثر ذلك قامت الحكومة بإعداد مشروع مرسوم يقرر تحديد الدوائر الانتخابية ولقد خضع هذا المشروع – في البداية – للجنة حكماء مكونة من ستة قضاة، في الفترة من ٢١ يوليو إلى ٩ أغسطس ١٩٨٦، التي طلبت من الحكومة إجراء عدة تعديلات على ذلك المشروع، وبعد ذلك تم عرض المشروع على مجلس الدولة، في الفترة من ٢٥ أغسطس حتى ١١ سبتمبر ١٩٨٦، ثم مرة أخري تم عرضه على لجنة الحكماء في ١٣ و ١٤ سبتمبر ١٩٨٦، ولقد قامت الحكومة بتعديل تحديدها للدوائر الانتخابية، وعرض المشروع مرة أخري على مجلس الدولة من ١٦ إلى ٢٠ سبتمبر ١٩٨٦، ثم قامت الحكومة بإجراء تعديل آخر على تحديدها للدوائر الانتخابية في ٢١، ٢٢ سبتمبر قبل عرضه للمرة الأخيرة على مجلس الدولة في ٢٣ سبتمبر ١٩٨٦، والذي وافق على مرسوم الحكومة بتحديد الدوائر الانتخابية. ولكن رغم ذلك فإن رئيس الجمهورية الاشتراكي – آنذاك – فرانسو ميتران، الذي عرض عليه المرسوم الحكومي طبقاً للمادة ١٣ من دستور ١٩٥٨، رفض التوقيع على الرسوم بحجة أن "التقليد الخاص بالجمهورية قد جري على أن الجمعية الوطنية هي التي تحدد طريقة انتخاب أعضائها. ونتيجة لهذا الرفض قامت الحكومة بتحويل المرسوم إلى مشروع قانون أقره البرلمان في ٤ أكتوبر ١٩٨٦، ولقد أطلق على هذا القانون "La loi pasqua" نسبة إلى وزير الداخلية، آنذاك ، شارل باسكوا الذي قدم مشروع القانون إلى البرلمان، وبعد إقرار هذا القانون من البرلمان قام نواب المعارضة الاشتراكية في البرلمان بعرض الأمر – بصدد هذا القانون – على المجلس الدستوري، حيث

ذهبوا إلى أن هذا القانون يتضمن – في الواقع – انحرافا من جانب المشرع في تحديد الدوائر الانتخابية.

فلقد ذهب أكثر من ستين نائباً من أعضاء الجمعية الوطنية، الذين عرضوا الأمر على المجلس الدستوري، إلى أن التشريع مشوب بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية حيث أن التحديد الذي أجرته الحكومة لم يكن هناك ما يبرره، وأنه كان من الممكن الإبقاء على التقسيم القديم الذي كان يراعي التناسق بين المقاطعات أو الأقاليم التي لها نفس عدد النواب، كما أن الدوائر القديمة كانت محددة على أساس سكاني سليم، فقد كانت متعادلة إلى درجة كبيرة، أو متناسقة مع الكثافة السكانية، أما التحديد الجديد للدوائر فإنه ينطوي على انحراف، حيث يوجد اختلاف في معايير التقسيم من الناحية السكانية، والجغرافية، والمعطيات الاقتصادية والاجتماعية، وذهب هؤلاء النواب إلى أن الانحراف التشريعي – هنا – يظهر على النحو التالي:-

"ولقد كان القانون الصادر في ١١ يوليو ١٩٨٦ والخاص بتخويل الحكومة الحق في تحديد الدوائر الانتخابية بمراسيم يتضمن القواعد التالية:-

(١) أن الدوائر يجب أن تكون متصلة ما عدا المقاطعات أو الأقاليم التي تشمل جزر أو الأجزاء المحصورة.

(٢) أن الدوائر يجب أن يراعي فيها الحدود الإقليمية، ماعدا باريس ليون، مارسيليا، والأقاليم التي تضم مناطق منفصلة أو التي بها أكثر من ٤٠٠٠٠ نسمة.

(٣) أن الفرق بين عدد السكان من دائرة لأخرى في نفس المقاطعة أو الإقليم لا يمكن أن يزيد عن ٢٠ % بالنسبة إلى المتوسط أو المعدل الإقليمي.

ولكن هذه القواعد لم تراعها الحكومة وأغلبيتها البرلمانية عند التحديد

الجديد للدوائر الانتخابية، وحيث أنه إذا كان المعيار السكاني له الأولوية ، لكن من المسلم به أن المساواة المطلقة بين دائرة وأخري مستحيلة ، حيث إن الذي يجب مراعاته، فقط ، هو عدم وجود فوارق كبيرة جداً.

ولقد كان قانون ١١ يوليو ١٩٨٦ الخاص بمنح الحكومة سلطة تحديد الدوائر بمراسيم ينص على أنه "من الممكن وجود فوارق ، ولكن بحيث لا تتعدي ٢٠% ١٠٠ بالنسبة إلى المتوسط أو المعدل الإقليمي" ، هذا الذي نراه – أيضاً – بدون شك كبير جداً، ولكن على أية حال فإنه يمكن قبول هذا الفارق إذا اقتضاه التناسق الجغرافي. وهكذا نصل إلى المعيار الثاني وهو المعيار الجغرافي ، الذي يمكن أن يؤدي إلى التخفيف من حدة المعيار الأول، وهو المعيار السكاني، وعلى ذلك عندما تكون مراعاة الوحدة الجغرافية مؤدية إلى فقدان أو اختلال التوازن السكاني بدرجة ضئيلة جداً فإنه يجب هنا تغليب المعيار الجغرافي، وهكذا فإنه يجب على المشرع، تجنباً للانحراف ، مراعاة المعيار السكاني والتناسق الجغرافي، فيجب عليه مثلاً، مراعاة ما كان سائداً في التحديد القديم للدوائر، حيث أن الأقاليم التي كان لها نفس عدد النواب، كان دوائرها الانتخابية – تقريباً (متعادلة. أو كما كان مرعياً، أيضاً، في التقسيم القديم، أن الأقاليم التي بها دوائر عديدة كانت قريبة من المعدل أو المتوسط السكاني الإقليمي، أو – أيضاً – كما كان مرعياً أن الأقاليم التي فيها جهات رئيسية في التقسيم السابق تحتفظ بتناسقها الجغرافي وتناسقها السكاني.

في جميع هذا الفروض، إن مراعاة التخطيط أو نفس جوهر التقسيم القديم يحمي من الوقوع في الانحراف.

ولكن الانحراف يمكن أن يأخذ شكلاً آخر: ذلك الذي يوجد أو يكمن في اختلاف المعايير التي يستعملها المشرع لتحديد الدوائر الانتخابية، مثل السعي إلى تحقيق تفاوت سكاني كبير، أو الربط بين الكيانات الجغرافية بطريقة معينة، كالربط بين المدن والقرى أو تقسيمها بطريقة تؤدي إلى تفتيتها أو تشتيتها، وذلك من أجل تحقيق مصالح شخصية ذاتية، وهنا يظهر انحراف المشرع في

استعمال سلطته التشريعية في تحديد الدوائر الانتخابية. وبالنظر إلى هذه المعطيات بصفة خاصة، فإنه ينبغي فحص تحديد المشرع للدائر الانتخابية، حيث إنه بفحص الواحدة بعد الأخرى، وكل المقاطعات أو الأقاليم محل النزاع، يتضح أن تحديد بعض الدوائر الانتخابية كان يتضمن انحرافا، وإن كان ذلك لم يكن بصورة مباشرة، ولهذا فإنه من الضروري إلقاء نظرية شاملة للكشف عن وجود الانحراف التشريعي، والذي يظهر من خلال تحديد المشرع للدوائر الانتخابية بطريقة معينة تضمن الفوز لمرشحي الحكومة.

ففي الأقاليم التي كان فيها عدد الدوائر ثابتاً ، قام المشرع بتحديد هذه الدوائر بشكل ينم عن قصده الحقيقي، وهو إتاحة الفرصة لمرشحين معينين للفوز في الانتخابات. فمثلاً قد أبقي عدد دوائر Morbihan كما كانت من قبل، وأيضاً أبقي عدد دوائر "Cotes du nord, Hautes – Alpes" كما كانت من قبل، في حين عدل عدد دوائر البعض الآخر بدون أن تكن هناك ضرورة لهذا التعديل ، مثل دوائر "Alpes – de- Haute – province, creuse" وفي بعض الأقاليم قام المشرع بإضافة دوائر جديدة بدعوى تحقيق المساواة من الناحية السكانية مثل دوائر Les Yveline, Houilles, sartrouville . ولكن المشرع – في الواقع – بتحديده للدوائر على ذلك النحو لم يراع المعدل السكاني ، وإنما كان هناك تفاوت كبير جداً بين الدوائر من الناحية السكانية، وكان ذلك واضحاً بصفة خاصة – في دوائر Doubs – Mayenne. وفيما يتعلق بتحديد الدوائر في المدن، فلقد قام المشرع بتحديدها بطريقة أدت إلى تفتيتها وتشتيتها، مثلما حدث في مدن Boures, Royan, Evreux . ولكنه من ناحية أخري قام بتحديد الدوائر في بعض المدن الأخرى بطريقة مختلفة لم تؤد إلى تمزيقها، مثلها حدث في مدن "Join ville, vincenney Beziers" وذلك كله من أجل تحقيق المصلحة العامة. ويتضح من ذلك أن المشرع لم يلتزم – أيضاً – بالمعيار الجغرافي في تحديده للدوائر الانتخابية، فلم يراع التناسق الجغرافي بل قام بتمزيق بعض الدوائر، وقام من ناحية أخري بضم بعض المناطق إلى البعض الآخر دون أن يكون هناك تناسق جغرافي بينهما مثلما حدث في

Toulouse، وضم أيضاً منطقة Meylan إلي Grenoble ، وفيما يتعلق بالمدن الجديدة قام المشرع بتحديد بعض الدوائر في بعض المدن مراعياً المعيار السكاني، في حين أنه لم يلتزم بهذا المعيار في تحديده للدوائر الانتخابية في البعض الآخر م المدن الجديدة مثلما حدث في مدينتي Creteil, Cergy pontioide . ويتضح مما سبق – أن المشرع قد حدد الدوائر الانتخابية بطرق معينة، ولم يبق على التحديد القديم للدوائر، لدرجة أن بعض الدوائر تم تمزيقها وتشتيتها بدرجة غير معقولة، وقام بالربط بين بعض المناطق أو إضافة دوائر جديدة بطريقة تدعو إلى الدهشة ، وينجم من كل ذلك أن المشرع كان له قصد خفي هو المصلحة السياسية والتي سعي إلى تحقيقها من وراء تحديده للدوائر الانتخابية مما يدل على وجود الانحراف في استعمال السلطة التشريعية".

وفي الواقع أننا نري أن ما ذهب إليه النواب – الذين عرضوا الأمر على المجلس الدستوري – من أن المشرع قد انحرف في استعمال سلطته التي خولها له الدستور بتحديده للدوائر الانتخابية بطريقة معينة لصالح مرشحي الحكومة، هو قول صحيح تماماً ، وذلك لأن المشرع قد قام "بتفصيل الدوائر على مقاس مرشحي الحكومة"، وذلك إضراراً بالمعارضة حتى لا يتمكن مرشحوها من الفوز في الانتخابات. فالمشرع لم يراع تحقيق المساواة القانونية بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة، وإنما سعي إلى تحقيق مصلحة البعض، وهو مرشحوا الحكومة، على حساب البعض الآخر، وهو مرشحوا المعارضة. فلم يكن المشرع يسعي إلى تحقيق المصلحة العامة، وإنما كان يسعي إلى تحقيق مصلحة سياسة لحزبي يمين الوسط "التجمع من أجل الجمهورية" "الحزب الديجولي" والاتجاه من أجل الديمقراطية" صاحباً الأغلبية البرلمانية – آنذاك – في فرنسا. ويبدو انحراف المشرع في استعمال سلطته التشريعية من ناحيتين:-

أ- حرمان أعضاء مجلس الشيوخ، من المعارضة، من ممارسة حق التعديل:

حيث إن البرلمان قد أقر القانون بسرعة كبيرة جداً لدرجة أنه لإقراره في

مجلس الشيوخ تم حرمان أعضائه من المعارضة اليسارية "الاشتراكيون والشيوعيون" من ممارسة حق التعديل. فقد أكد أعضاء مجلس الشيوخ، الذين عرضوا الأمر على المجلس الدستوري بخصوص القانون المتعلق بانتخاب أعضاء الجمعية الوطنية وتحديد الدوائر الانتخابية، أن الإجراء الخاص بإقرار التشريع في مجلس الشيوخ كان مخالفاً للدستور. وذلك لأن تطبيق إجراء السؤال السابق لإقرار القانون، في القراءة الأولى، كان لهدف واحد فقط هو حرمان أعضاء مجلس الشيوخ من المعارضة من ممارسة حق التعديل المنصوص عليه في المادة ٤٤ من الدستور. حيث إن السؤال السابق يعني - في الواقع - أنه ليس هناك ما يدعو للمداولة والتشاور بخصوص القانون المحال من الجمعية الوطنية، أي أنه يكون بمثابة فحص للتشريع بخصوص القانون المحال من الجمعية الوطنية، أي أنه يكون بمثابة فحص للتشريع في مجموعة وليس مادة مادة. وهذا السؤال السابق لم يرد النص عليه في الدستور، وإنما ورد في لوائح المجلسين "الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ" ، ويعني أن القانون إذا كان لا يحظى بموافقة أعضاء، أي من المجلسين ، فإنه يتم رفضه دفعه واحدة بدون فحص مسبق لمواده أو تعديلاته. وهذا السؤال السابق يشكل في الواقع استثناء من قاعدة أن مشروعات القوانين تفحص مادة مادة، ولقد ورد حق التعديل الممنوح لأعضاء مجلس الشيوخ في الدستور "م. ٢/٤٤ من دستور ١٩٥٨ الفرنسي". وهكذا فإن حق التعديل قد منحه الدستور لأعضاء البرلمان "النواب والشيوخ"، وإذا كانت الأغلبية في مجلس الشيوخ قد أعملت نصوص اللوائح البرلمانية وأقرت السؤال السابق فإنها تكون قد خالفت المادة ٤٤ فقرة ٢ من الدستور التي تمنح أعضاء مجلس الشيوخ ممارسة حق التعديل، وتكون اللوائح البرلمانية مستخدمة هنا استخداماً تعسفياً، وطبقت بقصد الانحراف عن تطبيق الدستور ، وبالتالي عن حرية ممارسة الحقوق البرلمانية التي منحها الدستور لأعضاء مجلس الشيوخ.

ويتضح - مما سبق - أن الحكومة صاحبة الأغلبية البرلمانية في مجلس الشيوخ بحرمانها المعارضة البرلمانية في هذا المجلس من ممارسة حق التعديل

إنما كانت تريد – في الواقع – إقرار التحديد الذي قامت به للدوائر دون أن تعديل، من المعارضة ، قد يخل بفرص فوز مرشحيها في الانتخابات، وبالتالي يبدو أن هدفها من تحديد الدوائر كان – فقط – المصلحة السياسية، والتي من أجلها تم حرمان أعضاء مجلس الشيوخ – من المعارضة – من ممارسة حقهم الدستوري في التعديل، وبالتالي يصدر القانون كما أرادته الحكومة صاحبة الأغلبية البرلمانية إضراراً بمرشحي المعارضة، ولمصلحة مرشحيها.

ب: إن الانتخابات يجب أن تقوم على أساس المساواة التقريبية بين عدد الناخبين في جميع الدوائر، بحيث إذا كانت دائرة ما يمثلها نائب واحد فإن عدد الناخبين في هذه الدائرة يجب أن يكون مساوياً – تقريبياً – لعدد الناخبين في دائرة أخري يمثلها أيضاً نائب واحد، أي أن الانتخابات تجري على أساس سكاني.

وفي الواقع أن هناك ثلاثة عناصر يقوم عليها التحديد: العنصر السكاني، والعنصر الجغرافي، والعنصر السياسي، وإذا نظرنا إلى التشريع وجدنا أن المشرع، ولتحقيق المصلحة السياسية، قام بتحديد الدوائر الانتخابية وفقاً لأهوائه السياسية وليس للمصلحة العامة، حيث قام بإنشاء دوائر جديدة، وضم أجزاء من دوائر إلى البعض الآخر مثلما ضم Meylan إلى grenoble، وقام بتفتيت بعض الدوائر عندما فصل jurancou عن pau ، بل إنه لم يراع النمو السكاني في بعض المناطق وتركها كما هي، وفي حالات أخري اهتم بهذه الزيادة السكانية، كما أنه لم يراع الاتصال الطبيعي بين المناطق ، وخاصة بين الجبل والسهل، بل أنه وصل لدرجة – على حد قول النواب الذين رفعوا الأمر للمجلس الدستوري – أنه جعل بعض محاور التقسيم شرق غرب بعد أن كانت شمال جنوب.

وإذا تفحصنا ذلك وضح لنا جلياً كيف أن المشرع وللمصلحة السياسية كان له قصد خفي، حيث كانت غايته الحقيقية من وراء تحديده للدوائر بهذه الطريقة، والتي يبدو فيها أنه لم يراعي المصلحة العامة، بتفتيت بعض الدوائر

وضم بعض الدوائر إلى دوائر أخري بحجج واهية، هي - فقط - تحقيق المصلحة الحزبية. فلم يراع المشرع لا التناسق والترابط الجغرافي، ولا التعادل السكاني، مع أنه كان من الواجب عليه مراعاة المساواة بين الناخبين، وأيضاً بين المرشحين، أو بالأحرى، بين القوي السياسية المتنافسة في الانتخابات، وبالتالي المساواة في ممارسة حقاً الانتخاب والترشيح. ومن هنا يكون القانون المتعلق بتحديد الدوائر الانتخابية لانتخاب أعضاء الجمعية الوطنية منطوياً على انحراف في استعمال السلطة التشريعية. وإذا كان الأمر كذلك، فما هو موقف المجلس الدستوري من ذلك؟ هل أخذ بنظرية الانحراف التشريعي - هنا - وقرر عدم مطابقة التشريع للدستور للانحراف في استعمال السلطة التشريعية أم لا؟

موقف المجلس الدستوري:

لم يتجنب المجلس الدستوري ما ذهب إليه النواب - الذي عرضوا الأمر عليه - من أن المشرع إنما كان يسعي من وراء إصدار القانون إلى تحقيق مصلحة سياسية، ولم يكن يسعي إلى تحقيق المصلحة العامة. حيث قام المجلس الدستوري بفحص وتحليل ذلك الإدعاء. ولقد أقر المجلس في قراره الصادر في ١٨ نوفمبر ١٩٨٦، وكان المثار أمامه مسألة البحث عن النية الحقيقية للمشرع، بصحة بعض ما ذهب إليه النواب ، والذي عرضوا الأمر عليه، وبصفة خاصة وجود انحراف في استعمال السلطة التشريعية، إلا أنه رفض إصدار قراره على أساس وجود الانحراف في هذه الحالة، ومفضلاً الحذر ومتذرعاً بأنه ليس له سلطة عامة في التقدير والتقرير مماثلة لتلك التي للبرلمان. ومتذرعاً، أيضاً، بتعقد وتنوع الأوضاع الإقليمية أو المحلية ، وبالتالي فانها تتطلب حلول مختلفة ولذلك فإن القانون غير مخالف للدستور.

وإذا تأملنا فيما قرره المجلس الدستوري الفرنسي نجد أنه قد جاء بصياغة محيرة، حيث إنه قد أقر، في البداية، بصحة ما نسب إلى المشرع من أن تحديده للدوائر كان مشوباً بالانحراف، ولكنه رغم هذه القول الصريح لم

يصدر قراره بعدم مطابقة التشريع للدستور لانطوائه على الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، وبرر المجلس ذلك بأنه ليس له سلطة عامة في التقدير والتقرير مماثلة لتلك التي للبرلمان، كما أن تعقد وتنوع الأوضاع المحلية يجعل التحديد الذي أقره البرلمان سليماً.

وهذه الصياغة المحيرة للمجلس الدستوري إنما كانت، في الواقع، نتيجة الضغوط السياسية، والصعوبات الخاصة المرتبطة بالأخذ بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية في القضاء الدستوري – بصفة عامة – ولهذا فإن المجلس الدستوري لكي يتجنب هذا النوع من الأوضاع الدقيقة أو الحالات الخطرة، لم يغلق الباب تماماً، وأيضا لم يفتحه تماماً للأخذ بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية. ولهذا كانت هذه الصياغة المحيرة، فكيف يعترف المجلس الدستوري صراحة بصحة ما نسب إلى المشرع من أنه قد انحرف في استعمال السلطة التشريعية، ثم يقر بصحة التشريع وأنه غير مخالف للدستور بحجة أن الدستور لا يمنحه سلطة عامة في التقدير والتقرير مماثلة لتلك التي للبرلمان؟ لا شك أن المجلس قد خضع للضغوط السياسية، وبالتالي لم يتمكن من إصدار قراره بعدم مطابقة التشريع للدستور لوجود الانحراف، وإنما تذرع بتنوع وتعقد الأوضاع الإقليمية التي تبرر وجود حلول مختلفة، مع أن ذلك لم يكن صحيحاً، وإنما كان المشرع يسعي بتحديد الدوائر – على النحو السابق – إلى تحقيق مصلحة سياسية.

ومع ذلك فهناك من الفقه من يؤيد ما ذهب إليه المجلس الدستوري بدعوى أن الرقابة على تحديد المشرع للدوائر الانتخابية إنما تقوم على الملاءمة أكثر من قيامها على المشروعية، ولهذا يستخدم المجلس الدستوري في صياغته التقليدية وهي أن "الدستور لا يمنحه سلطة عامة في التقدير والتقرير مماثلة لتلك التي للبرلمان".

ولكننا – في الواقع – لا نؤيد الرأي السابق، وذلك لأن رقابة المجلس الدستوري، والقضاء الدستوري بصفة عامة، على تحديد المشرع للدوائر

الانتخابية لا يعتبر من قبيل رقابة الملاءمة، وإنما نظل ، هنا، في إطار رقابة المشروعية، حيث إن البحث في نوايا المشرع لكشف غايته الحقيقية من التشريع، أي رقابة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، تعد من قبيل رقابة المشروعية لا رقابة الملاءمة . ولذلك فإن المشرع الذي يتصرف بسلطة تقديرية واسعة في تحديد الدوائر الانتخابية يجب أن يخضع للرقابة الدستورية.

وهكذا نري أن المجلس الدستوري قد تناول نظرية الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، حيث بحث صحة ما نسب إلى المشرع من انحرافه في استعمال سلطته التشريعية، ويعد هذا البحث في نوايا المشرع لمعرفة ما إذا كان هناك قصد خفي له من وراء إصداره للتشريع بحثاً صحيحاً في نظرية الانحراف في استعمال السلطة التشريعية. ولو أن المجلس الدستوري لم يصدر قراره بعدم مطابقة التشريع للدستور لوجود الانحراف في استعمال السلطة إلا أن ذلك لا يمنع من القول أن المجلس الدستوري قد أقر لمرة الأولي – صراحة – بوجود الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، إلا أنه لم يقرر عدم مطابقة التشريع للدستور لوجود هذا الانحراف نتيجة الضغوط السياسية، وأيضاً تلك الهالة من القداسة التي كان – ومازال – يتمتع بها التشريع – في فرنسا – باعتباره صادراً عن البرلمان الذي يعبر عن الإرادة العامة للأمة.

الانحراف التشريعي والقانون رقم ١١٥ – ٩٥ الصادر في ٤ فبراير ١٩٩٥ "بتنظيم وتطوير الإقليم"

لقد نص الدستور الفرنسي الصادر سنة ١٩٥٨ في المادة ٢٧ منه على أن "التجمعات الإقليمية في الدولة هي المقاطعات، الأقاليم، أقاليم ما وراء البحار، وكل تجمع إقليمي آخر ينشأ بواسطة القانون. وتدار هذه التجمعات الإقليمية بحرية بواسطة مجالس منتخبة وفقاً للشروط التي يحددها القانون".

ويتضح من ذلك أن المشرع هو المختص بتحديد القواعد المتعلقة بانتخاب مجالس هذه التجمعات الإقليمية. بل إن المشرع يمكنه إنشاء تجمع

إقليمي جديد يضاف إلى التجمعات الإقليمية الموجودة، على ان يكون غرضه من ذلك تحقيق مصلحة الجمهورية، أي تحقيق المصلحة العامة، وعدم استخدام سلطته التي منحه إياها الدستور لتحقيق مصالح شخصية كالمصالح السياسية، كما يجب على المشرع في تحديده للقواعد المتعلقة بالنظام الانتخابي للمجالس المحلية، وكافة التجمعات الإقليمية مراعاة مبدأ المساواة القانونية، أي المساواة بين المتماثلين في المراكز القانونية. ويجب على تحقيق المساواة بين التجمعات الإقليمية المكونة لإقليم الجمهورية.

ولقد قامت الحكومة بإعداد مشروع قانون تضمن تعديل بعض مواد القانون الخاص بتنظيم المدن والتجمعات الإقليمية وقدمته إلى الجمعية الوطنية في ١٥ يونيو ١٩٩٤، التي قامت بعد عدة مداولات بإقراره. ولقد أعلنت الحكومة أن هدفها هو تنظيم وتطوير الإقليم، وتحقيق المساواة بين التجمعات الإقليمية في الدولة.

فالهدف – الظاهر – إذن للمشرع ، كما ذهب إلى ذلك أحد أعضاء مجلس الشيوخ – السيد J. Francois poncet – هو تنظيم وتطوير الإقليم، وتهيئة الظروف لديمقراطية حقيقية، وهذا يتضمن ضرورة تحقيق مبدأ المساواة الدستوري. حيث تنص المادة الأولى من ذات القانون على أن "سياسة تنظيم وتطوير الإقليم تهدف إلى ضمان، لكافة المواطنين، تكافؤ الفرص على عموم الإقليم". وإذا كان المشرع قد أعلن غايته من التشريع، وهي تنظيم وتطوير الإقليم بهدف تحقيق المساواة وتكافؤ الفرص بين كافة المواطنين، فهل كانت بالفعل، هذه هي الغاية التي كان يسعي المشرع إلى تحقيقها من وراء ذلك القانون، أم أنه كان يخفي غايته الحقيقية ويسعي إلى تحقيق غايات شخصية للأغلبية الحاكمة؟.

بادئ ذي بدء أن المشرع، الذي خوله الد ور سلطة تنظيم القواعد المتعلقة بالتجمعات الإقليمية والمجالس المحلية ونظامها الانتخابي ، يتصرف – هنا – بسلطة تقديرية واسعة، ولكن يجب عليه عند استعماله لهذه السلطة

التقديرية مراعاة عدم استعمالها إلا لتحقيق الغاية التي من أجلها منحه الدستور هذه السلطة، وهي تحقيق المصلحة العامة.

وذلك لأنه إذا استعمل هذه السلطة التقديرية لتحقيق غايات شخصية، فإنه يكون قد انحرف في استعمال سلطته التشريعية.

وعلى ذلك، وبصدد القانون رقم ١١٥ لسنة ١٩٩٥ المتعلق بتنظيم وتطوير الإقليم، ذهب النواب الاشتراكيين، الذي عرضوا الأمر على المجلس الدستوري، إلى أن هذا القانون، وبصفة خاصة المادة ٨٠ منه التي تنص على أن "كل قرية أو بلدية عضو في الوحدة العمرانية يكون لها – في أية حال – مقعد في مجالس الوحدات العمرانية" يخالف المبدأ الدستوري للمساواة الانتخابية فيما سعي إليه من تمثيل القرى الصغيرة. بل إن القانون، في المادة ٨٠ بالذات، يتضمن انحرافا في استعمال السلطة التشريعية. حيث إن التعديل الذي تضمنته هذه المادة على قانون البلديات، إنما كان الهدف منه – في حقيقة الأمر – هو أن يفقد السيد Pierre Mauroy رئاسة الوحدة العمرانية لمدينة ليل Lille[(١)]، إذاً فغرض المشرع الحقيقي لم يكن تحقيق المصلحة العامة وإنما فقط تحقيق مصلحة سياسية لدرجة أن مجال تطبيق هذا القانون انحصر في الوحدة العمرانية لمدينة ليل.

وفي الواقع إن ما ذهب إليه النواب، الذين عرضوا الأمر على المجلس الدستوري ، صحيح تماما، حيث إن المادة ٨٠، بالذات، من القانون كانت مجردة من كل صلة من عموم القانون، وكان المشرع يسعي من خلالها إلى تحقيق غرض واحد فقط، وكان يقصد فرداً معيناً بالذات، هو السيد Pierre Mauroy "الاشتراكي"، مما يجعله مشوباً بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية. ولقد كان التعديل الذي تضمنته المادة ٨٠ من القانون قد قدمه عضو

---

(١) الوحدة العمرانية هي تجمع بضم مدينة كبيرة وعدد من البلديات المجاورة لها لإنشاء تجهيزات عمرانية مشتركة والسهر على إدارتها.

مجلس الشيوخ، اليميني، Andre Diligent ، المنافس والخصم السياسي القديم في الشمال لعمدة ليل Pierre Mauroy ، ولقد سانده عضوين آخرين من أعضاء مجلس الشيوخ، ولقد أقر المشرع هذا النص، وهو يعلم أنه لن يطبق إلا على شخص معين بالذات مما يجعل التشريع مشوباً بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية.

وهكذا يتضح لنا أن الهدف من التعديل الوارد في المادة ٨٠ من القانون كان – في الواقع – هو أن يفقد عمدة مدينة ليل منصبة. والدليل على ذلك أنه تم إضافة ١٨ قرية أو بلدية إلى مدينة ليل مما سوف يؤدي حتماً إلى زيادة عدد أعضاء الأغلبية الحاكمة في الوحدة العمرانية لمدينة ليل وبالتالي يفقد السيد Pierre Mauroy الأغلبية التي كان يتمتع بها. فالتعديل الذي تضمنته المادة ٨٠ إنما كان يسعي إلى قلب علاقة القوي داخل الوحدة العمرانية لمدينة ليل بحيث تسيطر الأغلبية الحاكمة على مجلس هذه الوحدة، من خلال ارتفاع عدد أعضائها فيه، ولقد ذكرت هذا الهدف بوضوح اللجنة الخاصة في الجمعية الوطنية "في القراءة الثانية" حيث بينت أن المادة ٨٠ كانت مجردة من كل صلة من عموم نص القانون". وهكذا يتضح أن الغرض من القانون لم يكن تطوير الإقليم، وتحقيق تكافؤ الفرص ، وبالتالي تحقيق المساواة، كما ادعت الحكومة، ولكن الغرض الحقيقي للمشرع كان تعديل توازن القوي السياسية داخل مجلس الوحدة العمرانية لمدينة ليل مما يترتب عليه أن يفقد السيد Pierre Mauroy منصبه كرئيس لهذه الوحدة العمرانية وبالتالي يكون التشريع منطوياً على انحراف في استعمال السلطة التشريعية، حيث كان يهدف، فقط، إلى أن يفقد أحد أقطاب المعارضة منصبة كرئيس للوحدة العمرانية لمدينة ليل ، فتحت ستار من تطوير وتنظيم الإقليم أخفي المشرع غرضه الحقيقي، حيث لم يكن يسعي إلى تحقيق المصلحة العامة، وإنما – فقط – تحقيق المصلحة السياسية للأغلبية الحاكمة، وذهب تحت ستار من العمومية والتجريد لتحقيق ذلك الهدف الخفي، وبالتالي يكون التشريع مشوباً بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية. وإذا كان الأمر كذلك فما هو موقف المجلس الدستوري؟ هل أخذ بالانحراف التشريعي هنا أم لا؟

موقف المجلس الدستوري:

إن المجلس الدستوري عندما عرض عليه الأمر بصدد القانون رقم ١١٥ لسنة ١٩٩٥ لم يتجاهل ما ذهب إليه النواب من أن القانون مشوب بالانحراف التشريعي، وبصفة خاصة نص المادة ٨٠ منه التي تضمنت تعديل قانون البلديات.

ولقد ذهب المجلس الدستوري إلى أنه "طبقاً للفقرة الأولي من المادة ٧٢ من الدستور "التجمعات الإقليمية في الدولة هي المقاطعات، الأقاليم، أقاليم ما وراء البحار، وكل تجمع إقليمي ينشأ بواسطة قانون"، وأنه طبقاً للفقرة الثانية من نفس المادة "هذه التجمعات تدار بحرية بواسطة مجالس منتخبة وفقاً للشروط التي يحددها القانون"، وأنه طبقاً للفقرة الثالثة من المادة ٣ من الدستور أن "الانتخاب يكون دائماً، عاماً، متساوياً، وسرياً"، وحيث إنه ينجم من هذه النصوص أن التجمعات الإقليمية يتم انتخاب مجالسها، مع مراعاة مبدأ المساواة بين كافة هذه التجمعات، على أسس سكانية بحيث توزع المقاعد فيها مع مراعاة التناسب مع عدد السكان لكل تجمع مشارك في مجالس هذه التجمعات الإقليمية، إلا أنه يمكن مع ذلك ولاعتبارات المصلحة العامة أن تحوز كل وحدة من هذه التجمعات المحلية ممثل داخل المجلس المختص . وحيث إن المشرع قد زاد عدد الممثلين للبلديات في مجالس بعض الوحدات العمرانية، بحيث يكون لكل بلدية مقعد في مجالس هذه الوحدات فقد كان ذلك بهدف ضمان الحد الأدنى من تمثيل البلديات الصغيرة، وأنه ينجم من ذلك أن توزيع المقاعد - بحيث يكون لكل قرية ممثل في مجالس الوحدات العمرانية - لا يكون من المتعذر تبريره، كما أنه لا يكون غير متناسب بصورة مفرطة، وانتهي المجلس الدستوري إلى رفض الطعن بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية، وأعلن مطابقة المادة ٨٠ من القانون الدستور، وأنها لا تخالف قاعدة المساواة في الانتخاب المقرر في المادة ٣/٣ من الدستور".

وهكذا نجد أن المجلس الدستوري الفرنسي قد بحث فيما نسب إلى المشرع من أنه قد انحرف في استعمال سلطته التشريعية، وبحث عما إذا كان المشرع قد سعي من وراء التشريع إلى تحقيق المصلحة العامة، أم أنه كان يسعي إلى تحقيق غايات شخصية.

ولكن المجلس الدستوري، رغم ذلك، لم يقرر عدم مطابقة القانون للدستور لانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية، وإنما قرر أن ضمان حد أدني لتمثيل البلديات الصغيرة يتمشي واعتبارات المصلحة العامة. ولكننا – في الواقع – نري أن المجلس الدستوري قد جانبه الصواب فيما قرره، فأين هي المصلحة العامة إذا كان المشرع في المادة ٨٠ من القانون لم يسع إلا إلى تحقيق مصلحة سياسية، وهي أن يفقد السيد Pierre Mauroy منصبه كرئيس للوحدة العمرانية لمدينة ليل ، حيث إنه وفقاً للتعديل الذي تضمنته المادة ٨٠ من القانون تم إضافة ثمانية عشر مقعداً للوحدة العمرانية لمدينة ليل مما قلب مراكز القوي السياسية داخل مجلس تلك الوحدات وأصبحت الأغلبية الحاكمة هي التي تحوز أغلبية المقاعد داخل ذلك المجلس بفضل إضافة الثمانية عشر مقعداً إلى مجلس تلك الوحدة العمرانية. وبالتالي يتضح أن الغرض الحقيقي للمشرع لم يكن – أبداً – تحقيق المصلحة العامة، وإنما فقط تحقيق غرض سياسي، مما يجعل التشريع مشوباً بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية.

وإذا كان المجلس الدستوري قد قرر أنه يجب توزيع المقاعد مع مراعاة التناسب مع عدد سكان كل تجمع مشارك في مجالس التجمعات الإقليمية، أي أنه قد أخذ بالمعيار السكاني كأساس لانتخاب أعضاء تلك المجالس، فكيف يأتي بعد ذلك ويقرر مخالفة هذا المعيار بدعوى أن تمثيل القرى الصغيرة يتمشي واعتبارات المصلحة العامة. وعلى ذلك فإن رفض المجلس الدستوري لوجود انحراف تشريعي – هنا – كان – في الواقع – نتيجة للضغوط السياسية. والمجلس في ذلك يكون قد تابع سياسته التي اتبعها عند الطعن أمامه بالانحراف

التشريعي، وهي أنه لا يمكن أن يصم البرلمان المعبر عن أرادة الأمة بأنه قد انحرف في استعمال سلطته التشريعية.

وبذلك نكون قد انتهينا من بيان موقف المجلس الدستوري بالنسبة لكافة القوانين التي أثير فيها أمامه وجود انحراف في استعمال السلطة التشريعية، ويكون بذلك قد بينا المعالجة السياسية للانحراف التشريعي، وبينا أن المجلس الدستوري قد رفض في بعض الحالات البحث في وجود الانحراف التشريعي بدعوى أن الطعن ينصب على ملاءمة التشريع، ولكنه في البعض الآخر من الحالات قد بحث في وجود الانحراف. وبينا أن المجلس الدستوري في بعض الحالات. على الرغم من أنه قد أقر صراحة – بوجود الانحراف إلا أنه لم يأخذ به وقرر مطابقة التشريع للدستور، كما رفض المجلس الدستوري أن يأخذ بالانحراف التشريعي بدعوى أن القانون كان يتمشي واعتبارات المصلحة العامة.

وفي الواقع أن المجلس الدستوري لم يصدر - صراحة – أي قرار بعدم مطابقة التشريع لدستور لانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية. ويرجع ذلك إلى الضغوط السياسية، وإلى ما رسخ في أذهان الفرنسيين – بصفة عامة – من أنه لا يمكن تصور انحراف البرلمان، الذي يعبر عن الإرادة العامة للأمة، في استعمال سلطته التشريعية[١].

---

(١) ما مورد بالمتن هو نقل كامل من رسالة د. عبدالمنعم عبد الحميد – المرجع السابق ص ٥٥٣.

المبحث الثاني
المحكمة الدستورية العليا في مصر والانحراف التشريعي

لا تشير المحكمة الدستورية في مصر إلى الركن المعيب في التشريع وتكتفي بأن التشريع مخالف للدستور فهي لا تحدد في حالة المخالفة الموضوعية للتشريع للدستور أنه مخالف في المحل أو في السبب أو في الغاية وإنما تشير فقط إلى المخالفة الشكلية إن وجدت في التشريع والتحليل السابق الذي سردناه لتطوير الرقابة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع يجعل من النادر تطرق المحكمة الدستورية إلى عيب الانحراف التشريعي فإذا كانت المحكمة تراقب في حقيقة الأمر ملائمة التشريع ومدي التناسب بين محل التشريع وسببه فلما الحاجة إذن إلى بحث عيب الانحراف التشريعي وحالاته وهي في الأصل قليلة ونادرة؟

إن هذه التحليل لقضاء المحكمة الدستورية العليا أو للقضاء الدستوري عموماً لا يهدف إلى التقليل من قيمة عيب الانحراف التشريعي بل إن من شأن تطور الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع توضح أن عيب الانحراف هو عيب منضبط محدد الملامح ولا تستطيع أن تتطرق إليه المحكمة الدستورية إلا بتوافر شرائطه حيث أن الأمر هنا لا يتضمن حلولاً لإرادة المحكمة محل إرادة المشرع في الحكم على دستورية القانون مثلما هو الوضع في سائر العيوب التي تتناول السلطة التقديرية للمشرع كما أن عيب الانحراف وأن لم تعترف المحكمة بالبحث عنه إلا أنه يمكن استنباط منهج البحث عنه في مسلك المحكمة وهو ما قام به بعض الفقهاء وعلى النحو الذي ستوضحه إلا أنه في مقام بيان سبب عدم إفصاح المحكمة الدستورية العليا عن بحثها عن الانحراف التشريعي فإنه يبقي الإشارة إلى ما قام به أحد الفقهاء[١] في تمييزه بين عيب الانحراف التشريعي وعيب الغلط البين في التقدير حيث أوضح الفقيه بوضوح أوجه

---

(١) د. زكي محمد النجار فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دار النهضة سنة ١٩٩٧ ص ١٨٠.

التمايز على نحو خفف عنا عناء البحث عن أسباب ندرة تطرق المحكمة الدستورية العليا إلى البحث عن وجود عيب الانحراف فذهب الفقيه:-

أوجه التمايز بين رقابة الانحراف التشريعي ورقابة الغلط البين في التقدير:-

أن رقابة الانحراف التشريعي في القضاء الدستوري المصري ليست محلاً للشك، فقد تصدت المحكمة الدستورية العليا (ومن قبلها المحكمة العليا) لرقابة الانحراف التشريعي، في أكثر من مناسبة.

ففي حكمها الصادر في ٩ مايو سنة ١٩٨١، قالت المحكمة الدستورية العليا: "لا وجه للقول بأن المشرع قد انحرف استعمال سلطته التقديرية، إذ غالي في زيادة سعر الضريبة على شرائح الإيراد العام إلى حد يقرب من مصادرته برفعه إلى ٩٥ % على الشريحة الأخيرة طبقاً للقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٥، ذلك أنه قد ثبت على ما تقدم أن المنهج الذي اختاره المشرع في تحديد سعر الضريبة على الإيراد العام ، لا يؤدي إلى المصادرة، ولا يخالف أحكام الدستور. ومن ثم فإن ما ينعاه المدعي في هذا الصدد ينحل في واقعه إلى خوض في سياسة المشرع الضريبية، الأمر الذي تستقل به السلطة التشريعية التي عهد إليها الدستور رسم هذه السياسة، وتعديل مسارها طبقاً لما يتطلبه الصالح العام بحكم وظيفتها التمثيلية للشعب، وبالتالي فإن ما ينعاه الطاعن على النص المطعون فيه في هذا الشأن بدوره غير سليم[١].

ونحن نعتقد أن هذا الحكم معيب، لأنه ينطوي على الإخلال بمبدأ العدالة الاجتماعية التي يتعين أن يؤسس عليها النظام الضريبي إذ أن زيادة سعر الضريبة إلى ٩٥ % على الشريحة الأخيرة على الإيراد العام يعد أمراً مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة[٢].

---

(١) في القضية رقم ٦ لسنة ١ ق (دستورية)، المجموعة – الجزء /١ ص ١٧٩.

(٢) راجع مؤلفنا في القانون الدستوري، طبعة سنة ١٩٩٥ ص ١١٦ ونفس الرأي : الدكتور محمد عبداللطيف التصحيح التشريعي القاهرة سنة ١٩٩١ ص ٢٢.

كما راقبت المحكمة الدستورية العليا الانحراف التشريعي في قضائها الصادر عنها في ١٩٨٣/٢/٥ فقالت: "وحيث إنه وإن كان المشرع الدستوري لم يضمن دستور سنة ١٩٥٨ نصاً خاصاً في شأن مبدأ التأميم، إلا أن هذا المبدأ يجد سنده في النص العام الذي أورده في المادة ٥ من هذا الدستور التي تقضي بأن "الملكية الخاصة مصونة وينظم القانون وظيفتها الاجتماعية، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل وفقاً للقانون"، ومما مقتضاه جواز تقييد حق الملكية الخاصة نزولاً على مقتضيات الصالح العام، باعتبارها وظيفة اجتماعية ينظم القانون أدائها في خدمة الجماعة بأسرها.

وحيث أن القرار بقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ ، بشأن تأميم بعض الشركات والمنشآت بعض أن نص في الفقرة الأولي من المادة الأولي منه على تأميم بعض الشركات والمنشآت ومن بينها الشركة المصرية المتحدة للملاحة البحرية (وهي الشركة الطاعنة)، حرص في المادة الثانية على تعويض أصحاب المشروعات المؤممة ، وبين كيفية أداء هذا التعويض إليه... كما أفصح في المذكرة الإيضاحية للقانون عن مقاصده واعتبارات المصلحة العامة التي تغاياها من إصداره، فأشار إلى أن الهدف من التأميم هو توسيع قاعدة القطاع العام بحسبانه ضرورة قومية لتوجيه الاقتصاد القومي توجيهاً مؤثراً ومفيداً لخطة التنمية، بما يكفل المضي قدماً نحو الغايات المقصودة، مما يقتضي حشد القوي الفنية والإمكانيات المادية اللازمة لها، دون ترك أعبائها وتمويل احتياجاتها للقطاع الخاص الذي قد يتجه بجهوده وفق الاحتياجات التي تمليها مصالحه الخاصة، وفي ذلك ما قد يقيم العثرات أمام خطبة التنمية". لما كان ذلك، فإن ما ذهب إليه المدعون من أن ذلك القرار بقانون إذ قضي بتأميم الشركة المملوكة لهم لم يستهدف الصالح العام، وإن تأميمها قد تم بغير مقابل بما ينطوي على مصادرة للملكية الخاصة التي كفلها الدستور يكون غير سديد"[1]. (لاحظ تغير السياسة الاقتصادية للدولة في الوقت الحاضر، وتوجهها

---

(١) في القضية رقم ١٨ لسنة ١ ق دستورية، المجموعة – الجزء / ٢ ص ٧٧.

نحو الأخذ بأسلوب التخصصية، التي تعتمد على مبدأ "الاقتصاد الحر"، ومن ثم تقليص دور القطاع العام في مجال خطة التنمية).

وجدير بالذكر أن المحكمة العليا كانت قد اتجهت إلى ذات النهج في لالتزام بمعيار موضوعي في التدليل على قيام عيب الانحراف في التشريع، فقررت أن النعي على القانون رقم ٦٢٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء قرار وزارة التعليم بمعادلة شهادة مدرسة المساحة بشهادة الفنون والصنايع نظام حديث، بعيب الانحراف، لا يقوم على أساس سليم، وأسست قضائها في رفض الطعن للانحراف التشريعي على معيار موضوعي، استخلصته من أسباب التشريع وأعماله التحضيرية فقالت: "أن قرار وزير التعليم الصادر في ١٩٥٠/١/٢٨ بمعادلة شهادة مدرسة المساحة بشهادة الفنون والصنايع – نظام حديث – قد قام على وقائع ثبت فيما بعد على وجه قاطع عدم صحتها، مجافاتها للحقائق الثابتة، فانتفت بذلك الأسباب التي قام عليها التعادل، وقد تبني الشارع نتائج بحث هذه اللجنة (يقصد بها اللجنة التي شكلت قبيل صدور القانون المطعون فيه لبحث موضوع التعادل بين الشهادتين)، كما يبين من المذكرة الإيضاحية للقانون المطعون فيه".

فهذه الأحكام تدل – بجلاء – على رقابة المحكمة الدستورية العليا لعيب الانحراف التشريعي، وإنها تأخذ في التدليل على قيام هذا الانحراف بالمعيار الموضوعي. كما يستخلص منها – أيضاً – اتجاه المحكمة لرقابة البواعث (في التشريع)، ،إدراجها هذه البواعث في الغاية من التشريع، فقدمنا أن الغاية المستهدفة من التشريع تندرج تحت البواعث التي حملت السلطة التشريعية على إقراره، وتعتبر جزء منها.

ولا يقلل من رقابة المحكمة الدستورية العليا لعيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، رفضها للدفوع المؤسسة على هذا العيب، فليست العبرة في ذلك برفض الطعن أو تقرير عدم الدستورية، بل لعبرة – دائماً – في اعتناق المحكمة للفكرة وفرض رقابتها عليها. وهذا ما وجدناه في مسلك قضاء كل من

مجلس الدولة والمجلس الدستوري الفرنسي من رقابة الغلط البين في التقدير في قضاء المشروعية وفي المجال الدستوري[١].

وفيما يعد مخالفة لهذا الرأي السابق ذهب أحد الباحثين[٢] إلى:-

هناك عدة أوجه للتمييز بين الانحراف التشريعي والغلط البين في التقدير وهي:-

أولاً:- من حيث السلطة التقديرية والسلطة المقيدة:

إن منطقة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية هي التي يتمتع فيها المشرع بسلطة تقديرية في سن القوانين، فإذا انحرف المشرع وهو بصدد استعمال هذه السلطة التقديرية ، بمعني أنه إذا لم يسع إلى تحقيق المصلحة العامة فإنه يكون بذلك قد انحرف في استعمال سلطته التشريعية، حيث إن المشرع يجب عليه دائماً السعي إلى تحقيق هذه المصلحة العامة، فإذا سعي إلى تحقيق غايات شخصية ، مثل الإضرار بفرد أو فئة معينة بالذات أو إفادة أشخاص معينين بالذات، كان تشريعه باطلاً لانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية.

وعلى ذلك فإن الانحراف في استعمال السلطة التشريعية لا يوجد إلا حيث تكون سلطة المشرع تقديرية. فهل الأمر يكون أيضاً بالنسبة للغلط البين؟

ذهب رأي في الفقه إلى أن الأمر ليس كذلك، حيث يقول أن فكرة الغلط البين وان كان مجلس الدولة الفرنسي قد أخذ بها كحد جديد على السلطة التقديرية للإدارة، بحيث تساهم في توسيع الشرعية، ورقابة القضاء لأعمال الإدارة وتقديرها للوقائع، بمعني أن التكييف والتقدير هما محل الرقابة القضائية في نظرية الغلط البين، ليس على كنهها، ولكن على الغلط الذي يشوبهما، إلا

(١) د. زكي محمد النجار المرجع السابق ص ٢٢٣.

(٢) د. عبدالمنعم عبدالحميد، المعالجة القضائية رسالته سالفة البيان ص ١٢٠.

أن الرقابة على تقدير الوقائع لا تقف عند ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية، بل تشمل – أيضاً – مجال الاختصاص المقيد للإدارة، وكل ما هنالك أن الرقابة القضائية على تقدير الوقائع في مجال السلطة المقيدة أكثر اتساعا عنها في مجال السلطة التقديرية. فالغلط البين يشمل كلاً من السلطة التقديرية والسلطة المقيدة، وهكذا يبدو وجه للتفرقة بين عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية وعيب الغلط البين في التقدير، حيث يشمل الغلط البين السلطة المقيدة للمشرع والسلطة التقديرية على السواء(١).

وفي الواقع أننا لا نتفق مع ما ذهب إليه الرأي السابق من أن الغلط البين في التقدير يتناول السلطة التقديرية والسلطة المقيدة للمشرع على السواء. وذلك لأن مجلس الدولة الفرنسي عندما ابتدع نظرية الغلط البين في قضائه، إنما كان يهدف إلى التوسع من نطاق الشرعية والتضييق من نطاق السلطة التقديرية للإدارة(٢).

ففكرة الغلط البين في التقدير جعلها مجلس الدولة الفرنسي عنصراً أساسياً من عناصر القدر الأدنى للرقابة، ذلك القدر الذي يراقبه القاضي الإداري في كل دعوى ترفع أمامه لتجاوز السلطة أياً كان موضوعها(٣)، حيث إن تحديد نطاق الغلط البين يكون إذن تحديداً لنطاق السلطة التي يقال إنها تقديرية. فسلطة الإدارة التقديرية يقلل منها رقابة القاضي للغلط البين في التقدير باعتباره حداً جديداً على هذه السلطة التقديرية.

ويتضح – مما سبق – أن فكرة الغلط البين في التقدير إنما تثور عندما تتمتع الإدارة بالسلطة التقديرية حيث ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي للتضييق من نطاق السلطة التقديرية للإدارة(٤)، ونفس الشيء بالنسبة للمشرع، فالغلط

---

(١) د. زكي النجار : فكرة الغلط البين، المرجع السابق، ص ٤ ، ٢١١.
(٢) أستاذنا الدكتور/ يحي الجمل: رقابة مجلس الدولة الفرنسي، المرجع السابق، ص ٤٢٤.
(٣) أستاذنا الدكتور/ يحي الجمل: المرجع السابق، ص ٤٣٩.
(٤) أستاذنا الدكتور/ يحي الجمل: المرجع السابق، ٤٢٤.

البين إنما يوجد حيث يتمتع المشرع بالسلطة التقديرية، فرقابة القاضي الدستوري للغلط البين في التقدير تكون، مثل رقابة القاضي الإداري للغلط البين، للتضييق من نطاق السلطة التقديرية للمشرع حماية لحقوق الأفراد وحرياتهم.

وعلى ذلك فإن الغلط البين، وأيضاً الانحراف التشريعي ، يثوران عندما يتمتع المشرع بالسلطة التقديرية ، بحيث إنه إذا كانت سلطة المشرع مقيدة فإن ما يثور، هنا، ليس الغلط البين في التقدير ولا الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، وإنما مخالفة الدستور، من حيث الشكل أو الاختصاص أو المحل، مخالفة مباشرة.

ولكن ما يميز عيب الانحراف التشريعي عن الغلط البين هو أن عيب الانحراف التشريعي عيب قصدي في السلوك التشريعي، بعكس الغلط البين من جانب المشرع الذي لا يعد وأن يكون غلطاً من جانب المشرع في تنظيم أمر ما – حرية أو غيرها – وهذا الغلط قد يكون ظاهراً أو واضحاً، أو يكون غير ذلك، وقد يكون غلطاً جسيماً، ولكن على أية حال فإنه لا يعدو أن يكون مجرد غلط من المشرع في التقدير، حيث لم تتجه إرادته إلى ارتكاب هذا الغلط، لأنه إذا اتجهت إرادة المشرع – عندما تكون سلطته تقديرية – إلى الخروج على الدستور عند تنظيم أمر ما - حرية من الحريات مثلاً، فإنه لا يكون قد ارتكب غلطاً بيناً في التقدير وإنما يكون قد انحرف في استعمال السلطة التشريعية. فالانحراف عيب قصدي في السلوك التشريعي حيث يتجه المشرع بإرادة واعية ومقصودة إلى تحقيق غرض آخر غير المصلحة العامة، فالمشرع في عيب الانحراف يعمد إلى تحقيق غاية أخرى غير تلك التي من أجلها منحه الدستور السلطة فعنصر القصد هو ما يميز عيب الانحراف عن الغلط البين في التقدير، بل عن كافة العيوب الدستورية الأخرى.

ثانياً:- من حيث المعيار:-

إن الفقه والقضاء، كما سبق القول، قد اعتنقا المعيار الموضوعي للغلط البين في التقدير ، فهل هذا المعيار الموضوعي هو أيضاً المعيار الذي اعتنقه الفقه والقضاء للانحراف في استعمال السلطة التشريعية؟

في الواقع أن معيار الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، ليس إلا معياراً ذاتياً، وهذا المعيار الذاتي ، هو ما يتفق مع خصائص عيب الانحراف من حيث أنه عيب خفي، وبالتالي كان عيباً احتياطيا، وعلى ذلك فالانحراف التشريعي هو عيب متميز عن كافة عيوب التشريع الأخرى، بما فيه الغلط البين في التقدير.

وهكذا فإن معيار الغلط البين في التقدير معياراً موضوعياً – كما سبق القول – فإن معيار الانحراف التشريعي هو معيار ذاتي، حيث يتعلق بالكشف عن النوايا والغايات التي أخفتها السلطة التشريعية وقصدت إلى تحقيقها من إصدار تشريع معين.

ثالثاً:- من حيث ركن التشريع "السبب والغاية".

إن عيب الانحراف التشريعي يتعلق بركن الغاية في التشريع، أما الغلط البين في التقدير فينطوي على رقابة واسعة لركن السبب في التشريع. وذلك مع ملاحظة – كما سبق القول – أن السبب قد يختلط بالغاية، وذلك عندما يعلن المشرع للقانون أسباباً وهمية – غير حقيقية – وهو يعلم أنها أسباب وهمية، وهذا يدل على أن المشرع إنما يهدف إلى تحقيق أغراض غير مشروعة، وهنا نجد أن العيب – في الواقع – هو عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية. ولكن هذا لا يعني ، كما سبق القول، عدم استقلال السبب تماماً عن الغاية. فالسبب لا يندمج، في أحد جوانبه والمتعلق بالغلط البين في التقدير، في وجه الطعن بمخالفة الدستور، مباشرة، ولا في الغاية. حيث إن المشرع قد

يرتكب غلطاً بيناً، وهو بصدد تقدير الوقائع التي دفعته لإصدار التشريع وتكييفها. وهنا نجد أن إرادة المشرع لم تتجه إلى ارتكاب الغلط ولم يعمد إلى ذكر أسباب وهمية للتشريع، وإنما، فقط، ارتكب غلطاً بيناً في تقديره للوقائع التي دفعته لإصدار التشريع وتكييفها. وهذا ما يجعل السبب مستقلاً من هذا الجانب، جانب الغلط البين في التقدير عن الغاية. أما إذا كان المشرع قد عمد إلى ذكر أسباب وهمية للتشريع، وهو يعلم ذلك، فإنه يكون قد اتجه بإرادة حرة واعية إلى تحقيق غاية غير مشروعة مما يجعل التشريع منطوياً على انحراف في استعمال السلطة التشريعية، وليس غلطاً بيناً في التقدير.

رابعاً:- من حيث الإثبات:

إن عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية عيب خفي ولذلك فإن إثباته يتميز بالصعوبة، أي أن التشريع المشوب بالانحراف ، هو تشريع صحيح في الظاهر، ولكنه في باطنه باطل، فعيب الانحراف عيب شخصي أو ذاتي يمكن في نوايا المشرع ومقاصده ولذلك كان من الصعوبة إثباته، حيث إن المشرع لا يذكر الأسباب الحقيقية للتشريع، ولذلك يجب البحث عن النية الحقيقية للمشرع، وذلك لاكتشاف الغاية من التشريع، ويكون ذلك عن طريق القرائن، حيث أن الطريق الداخلي، وهو البحث في أسباب التشريع، لا يجدي في الكشف عن الانحراف، خاصة وأن المشرع لا يذكر عادة في أسباب التشريع إلا ما يمت للمصلحة العامة، ويخفي غايته الحقيقية من التشريع، ولذلك كان من الضروري البحث عن هذه الغاية الحقيقية عن طريق القرائن ، وهذا ما يتفق مع المعيار الذاتي للانحراف في استعمال السلطة التشريعية.

أما الغلط البين في التقدير، ونتيجة لاعتناق الفقه والقضاء للمعيار الموضوعي كمعيار له ، فإن إثباته يكون عن طريق الدليل الداخلي، وهذا ما يتفق مع المعيار الموضوعي، أي البحث في نصوص التشريع ذاته أو ديباجته

أو الأعمال التحضيرية، وإن كان قد ذهب رأي في الفقه إلى أنه، ومع اعتناق هذا الرأي المعيار الموضوعي للغلط البين، ليس هناك ما يمنع من إثبات الغلط البين سواء بالطريق الداخلي أو الطريق الخارجي أي القرائن(١).

وفي الواقع أننا – كما سبق القول – نري أن إثبات الغلط البين عن طريق القرائن لا يتمشي مع اعتناق ذلك الرأي في الفقه للمعيار الموضوعي للغلط البين الذي يتطلب استعمال الطريق الداخلي لإثباته، وليس الطريق الخارجي أيضاً.

ومن هنا يبدو وجه آخر للتفرقة بين الانحراف في استعمال السلطة التشريعية – الذي يتميز بالخفاء والصعوبة في إثباته – وبين الغلط البين، حيث إن إثبات الانحراف يكون عن طريق القرائن وهو ما يتفق مع المعيار الذاتي للانحراف، بينما يكون إثبات الغلط البين عن طريق الدليل الداخلي، وهو ما يتفق مع المعيار الموضوعي للغلط البين في التقدير.

خامساً: من حيث الصفة الاحتياطية:

إن الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، لما كان عيب خفي وبالتالي يتميز بالصعوبة في إثباته، كما أنه يتميز بالطبيعة الذاتية، فإنه يعد عيب احتياطي. بمعنى أن القاضي لا يلجأ إليه إلا إذا لم يوجد أياً من العيوب الأخرى، أي أن القاضي يبحث عن العيوب الأخرى أولاً ثم يبحث عن الانحراف في استعمال السلطة التشريعية. وإن كنا نري أنه إذا طعن أمام القاضي الدستوري بالانحراف فإنه يجب على القاضي البحث في وجود هذا الانحراف، فإذا كان التشريع مشوباً فعلاً بالانحراف قضي بعدم دستوريته، وذلك لأن الحكم بعدم دستورية التشريع لانطوائه على الانحراف، إنما يحقق الهدف من الرقابة الدستورية – بصـرة فعالة – ويوضح لجماهير الناخبين كيف يعمل البرلمان

---

(١) د. زكي النجار : المرجع السابق، ص ٢١٢.

وممثليهم فيه مما يدفعهم إلى الاختيار الأفضل في الانتخابات البرلمانية التالية. فالحكم بعدم الدستورية لوجود الانحراف التشريعي يعد رادعاً للسلطة التشريعية، وكاشفاً لها أمام الرأي العام.

وإذا كان عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية عيباً احتياطياً، فهل يعد الغلط البين أيضاً عيباً احتياطياً؟.

إن الغلط البين في التقدير في المجال الدستوري لا يعد عيباً احتياطياً، بل يعد عيباً مستقلاً من شأنه أن يؤدي إلى بطلان التشريع[1].

سادساً:- من حيث المشروعية والملائمة:

إن رقابة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية هي – في الواقع – رقابة مشروعة وليست رقابة ملاءمة، وهذا ما يميز عيب الانحراف التشريعي – أيضاً – عن الغلط البين في التقدير الذي يعد من قبيل رقبة الملاءمة، حيث إن قضاء الغلط الظاهر يعدل مجال الملاءمة ، حيث تنصب الرقابة على ملاءمة هذا التقدير ومن ثم يمكن أن يسند الغلط البين إلى مبدأ التناسب. حيث ينطوي الغلط البين على رقابة الملاءمة بين اختيار الحلول من جانب المشرع، إذ يمثل الغلط البين في التقدير توسيعاً لنطاق الرقابة القضائية على ملاءمة التشريع[2].

سابعاً:- من حيث الجزاء:

إن الجزاء سواء بالنسبة للانحراف في استعمال السلطة التشريعية أو الغلط البين في التقدير، وبصفة عامة بالنسبة لكافة العيوب التي تشوب التشريع، جزاء واحد، وهو البطلان[3].

---

(١) د. زكي النجار: المرجع السابق، ص ٢٠٨.

(٢) د. زكي النجار: فكرة الغلط البين، المرجع السابق، ص ٢٠٨، ٢١٠.

(٣) د. عبدالمنعم عبدالحميد المرجع السابق ص ١٢٦.

ويتباين تحليلات الفقهاء لمذهب المحكمة الدستورية العليا في بحثها عن دستورية التشريع بين متتبع للفكرة الصحيحة للانحراف التشريعي في مسلك المحكمة وبين ما هو آخذ بالظاهر من قول المحكمة بأنها لا تبحث الانحراف وإن كنا نلمح تطوراً كبيراً في هذا المسلك بعد رسالتنا عن الانحراف التشريعي دفعت بعضاً من كبار الفقهاء بالاعتراف بوجود تشريعات لا يمكن نسبة أى عيب دستوري إليها سوي الانحراف.

وذهب أحد الباحثين(١):-

والناظر والمحلل لأحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر يجدها لا تذكر في أحكامها طبيعة العيب الذي اعتور النص الدستوري الذي انتهت إلى عدم دستوريته فهي في الأغلب الأعم تنتهي إلى عدم الدستورية لأنها تستعمل سلطتها الواسعة في التفسير بحيث تنزل المبادئ العامة للدستور التي تستخلصها هي على النصوص المطعون بعدم دستوريتها لمحاكمة النص بالنسبة لهذه المبادئ ولذلك فهي ليست في حاجة إلى أن تقصي عيوب السبب أو الغاية في القانون ولكنها في بعض الأحيان تقوم بالرد على مثيري الدفع بوجود انحراف تشريعي في القانون محل الطعن حيث تؤكد عدم وجود مثل هذا الانحراف مع فهمها الصحيح أن عيب الانحراف هو عيب قصدي وقد حاول الفقهاء من خلال تحليلهم لأحكام المحكمة أن يتوصلوا إلى أن المحكمة راقبت عيب الانحراف أو عيب السبب دون عناصر الخطأ البين في تقرير الوقائع في حكمها فمن الفقهاء من انتهي في تحليله إلى أن المحكمة قد أخذت بفكرة الانحراف في بعض أحكامها وإن لم تصرح بذلك.

من ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية الدستورية رقم ٤٩ لسنة ٦ القضائية بجلسة ١٩ من أبريل ١٩٨٧ ، والذي قضت المحكمة فيه بعدم دستورية البند (أ) من المادة الخامسة من القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ بشأن

---

(١) د. شعبان أحمد رمضان رسالته سالفة البيان ص ٤٠٥.

حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعي فيما تضمنه من عدم جواز الانتماء إلى الأحزاب السياسية أو مباشرة الحقوق والأنشطة السياسية على من حكم بإدانته من محكمة الثورة في الجناية رقم ١ لسنة ١٩٧١ مكتب المدعي العام الخاصة بمن شكلوا مراكز قوى بعد ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢ لتقريره عقوبة ذات أثر رجعي بالمخالفة لنص المادتين ٦٦، ١٨٧ من الدستور.

وهو نفس ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في القضية الدستورية رقم ٣٤ لسنة ١٣ القضائية بجلسة ٢٠ يونية ١٩٩٤، والتي تتلخص وقائعها في أنه على أثر صدور القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ بتعديل بعض أحكام قانون التأمين الاجتماعي برفع معاش الأجر المتغير ٥٠ %من أجر تسوية هذا المعاش، تقدم بعض المحالين إلى المعاش في الفترة من أول أبريل ١٩٨٤ إلى ٣٠ يونيه ١٩٨٧ إلى هيئة التأمين والمعاشات والتأمينات الاجتماعية طالبين رفع معاش الأجر المتغير إلى ٥٠ % تطبيقاً لأحكام هذا القانون، ولما رفضت الهيئة طلبهم لجأوا إلى المحاكم العادية والإدارية التي أصدرت الكثير من الأحكام لصالحهم. وعندئذ قامت هيئة التأمين والمعاشات باستصدار القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١ ووضعت بمقتضاه شروطاً تؤدي إلى حرمان هؤلاء الأشخاص من هذه الزيادة، فطعنوا بعدم دستورية هذا القانون تأسيساً على ما شابه من انحراف تشريعي يتمثل في صدوره بمناسبة قضية منظورة أمام المحاكم لا ينطبق إلا عليها وتعديله في أحكام تشريع سابق عليه بحجة تفسيره على خلاف ما هو مسلم به بصدد حدود التفسير التشريعي، فضلاً عن مخالفته لأحكام المواد ٤٠، ٦٨، ٦٩، ١٦٦ من الدستور.

وتأكيداً للطابع الاحتياطي لعيب الانحراف التشريعي فقد قضت المحكمة الدستورية العليا في هذه القضية بأحقية المحالين إلى المعاش في الفترة من أول أبريل ١٩٨٤ إلى ٣٠ يونية ١٩٨٧ في رفع معاش الأجر المتغير إلى ٥٠ % من أجر تسوية هذا المعاش، وبعدم دستورية القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١ بشأن الأجر المتغير الذي أوجب استحقاق هذه النسبة للمؤمن عليهم الموجودين

بالخدمة من أول يوليه ١٩٨٧ لمخالفته نص المادتين ٣٤، ٤٠ من الدستور وليس لعيب الانحراف التشريعي.

وقد جاء بحيثيات هذا الحكم ....."وحيث إن تنظيم الحقوق، وإن كان يدخل في نطاق السلطة التقديرية التي يمارسها المشرع وفق أسس موضوعية، ولاعتبارات يقتضيها الصالح العام، إلا أن هذا التنظيم يكون مجانباً أحكام الدستور منافياً لمقاصده، إذا تعرض للحقوق التي تناولها سواء بإهدارها أو الانتقاص منها. متى كان ذلك، وكان القانون المطعون فيه – القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١ – قد أكد بعنوانه وحقيقة مضمونه أنه توخي بمادته الأولي تعديل الشروط التي تطلبتها المادة الأولي من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ لقيام الحق في الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير، مقيداً بذلك من نطاق تطبيقها، ومحدثاً تغييراً جوهرياً في عناصر هذا الحق، ومخلاً بالتالي بالمركز القانوني للمؤمن عليهم الذين عناهم هذا القانون، وعلى حقهم في الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير على استيفاء الشروط التي تطلبها ، والذي يُعد ذلك القانون مصدراً مباشراً لها، وكان التعديل في هذا المركز – الذي نشأ مكتملاً مستوفياً لعناصره جميعها قبل نفاذ القانون المطعون فيه – مؤداه الحتمي حرمان فئة من المؤمن عليهم من المزايا التأمينية التي كفلها له القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ قبل تعديل مادته الأولي، ويتضمن بالتالي عدواناً على حقوقهم الشخصية التي سعي الدستور على صونها. متى كان ذلك وكان النص المطعون فيه قد أهدر الحد الأدنى للمعاش عن الأجر المتغير بالنسبة إلى هؤلاء الذين بلغوا سن التقاعد قبل الأول يوليو ١٩٨٧، وكان اقتضاء هؤلاء ذلك الحد الأدنى قد أضحي حقاً ثابتاً لهم، والتزاما مترتباً في ذمة الجهة المدينة – هيئة التأمينات والمعاشات والتأمينات الاجتماعية – وكان حقهم هذا من الحقوق الشخصية التي تُعد من الأموال التي كفل الدستور تأمينها من العدوان، فإن نكول المادة الأولي من القانون الطعين عن إيفائها بعد استقرارها ديناً في ذمة الملتزم بها، يكون عملاً مخالفاً لنص المادتين ٣٤، ٤٠ من الدستور مما يستوجب الحكم بعدم دستوريتها".

وواضح من الحكم أن المحكمة الدستورية العليا، تقديراً للطابع الاحتياطي لعيب الانحراف التشريعي ، قد قضت بعدم دستورية القانون محل الطعن لمخالفته لنص المادتين ٣٤، ٤٠ من الدستور رغم توافر الانحراف الذي يتمثل في صدور هذا القانون بمناسبة دعوى منظورة أمام القضاء ولكي يطبق على أشخاص بذواتهم – هم المحالين إلى المعاش في الفترة من أول أبريل ١٩٨٤ إلى ٣٠ يونية ١٩٨٧ – ولتجاوزه حدود التفسير التشريعي بتعديله لأحكام قانون سابق، الأمر الذي يصمه بالانحراف، ولو لم يكن عيب الانحراف التشريعي عيباً احتياطيا لكان بمقدر المحكمة أن تقضي بعدم دستورية القانون الطعين لهذا السبب.

وقريب من ذلك – فيما يبدو لنا – ما قضي به المجلس الدستوري الفرنسي في قراره رقم "١٨١-٨٤" الصادر في ١٠، ١١ أكتوبر ١٩٨٤ بشأن القانون المتعلق بالمؤسسات الصحفية، من عدم دستورية بعض نصوص هذا القانون لمخالفتها لأحكام المادتين ٤، ٦٦ من الدستور والمواد أرقام ٨، ١١، ١٧ من إعلان الحقوق والمواطن لعام ١٧٨٩، على الرغم من توافر حالة الانحراف التشريعي في القانون الطعين لصدوره – كما ذكر الطاعنون أعضاء الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ – لا لتحقيق الصالح العام وإيجاد تعددية حقيقية في المجال الصحفي، وإنما بقصد هدم وتفكيك أهم أكبر مجموعة صحفية معارضة هي مجموعة السيد هيرسانت "group hersant" ، وأن هذا القانون قد تم إقراره لباعث سياسي وأنه موجه للتطبيق ضد شخص بعينه هو السيد "Robert Hersant" بما يفقده صفة العمومية والتجريد ويصمه بالانحراف.

وإذا كان المجلس الدستوري لم يسلم بفكرة الانحراف التشريعي، وقضي بعدم دستورية بعض مواد هذا القانون لانتهاكها أحكام المادتين ٤، ٦٦ من الدستور، وأحكام المواد أرقام ٨، ١١، ١٧ من إعلان الحقوق، إلا أن ذلك لا ينفي في رأينا توافر عيب الانحراف التشريعي في الحالة التي نحن بصددها،

مع تسليمنا بالطابع الاحتياطي لهذا العيب وإمكانية قضاء المجلس الدستوري بعدم الدستورية استنادا إليه إذا لم تتوافر المخالفة المباشرة لقواعد ونصوص المجموعة الدستورية.

فإذا تحقق عيب الانحراف في شأن تشريع معين، فإن الجزاء الذي يترتب علي قيام هذا العيب هو بطلان هذا التشريع المخالف للدستور، وإذا كانت المحكمة العليا ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا لم يصدر عنها أحكام بعدم الدستورية للانحراف في استعمال السلطة التشريعية، فليس هناك ما يحول دون صدور مثل هذه الأحكام إذا تحقق عيب الانحراف وحده دون غيره من العيوب الأخرى في تشريع مطعون عليه بعدم الدستورية. وهو ما يصدق على الوضع أمام المجلس الدستوري الفرنسي، والمحكمة العليا الأمريكية[١].

وذهب أحد كبار الفقهاء[٢] فيما بعد في نظرنا تطوراً هاماً في الفقه الدستوري المصري:-

استقر الرأي فقهاً وقضاء على أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين هي في جميع الأحوال رقابة مشروعية وليست رقابة ملاءمة، حيث تقتصر على التحقق من مطابقة النص التشريعي المطعون عليه مع النصوص الدستورية، وتمسك عن الخوض في البواعث التي حملت السلطة التشريعية على إقرار نص تشريعي باعتبار ذلك من الملائمات التي يجب تركها للمشرع، ما لم يقيد الدستور عملية سن التشريع بقيود وضوابط محددة[٣].

---

(١) ما ورد بالمتن هو رأي د. شعبان أحمد رمضان في رسالته سالفة البيان ص ٤١٥ ، ص ٤١٦.

(٢) د. رمزي طه الشاعر – رقابة دستورية القوانين سنة ٢٠٠٦ ص ٧٠٩.

(٣) ولقد عبر عن ذلك صراحة المستشار محمد بليغ رئيس المحكمة الدستورية العليا سابقاً في تقديمه للجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، بقوله "الضوابط الذاتية التي فرضتها المحكمة قيداً على حركتها في مجال ممارستها لرقابتها القضائية تكشف عن أن لهذه الرقابة حدوداً لا يجوز تجاوزها، وأنها لا تقتحم منطقة تباشر فيها السلطتان التشريعية والتنفيذية اختصاصاتها التشريعية التقديرية، ولا تستهدف مزاحمة

وإذا كانت المحكمة الدستورية العليا - ومن قبل المحكمة العليا - قد قررت في أحكامها صراحة عدم الرقابة على بواعث التشريع وملاءمته، فإن بعض أحكامها قد يستفاد منها أنها قد فرقت بين بواعث التشريع وغايته، وأنها قد بسطت رقابتها على الغاية من التشريع والتي تتمثل في ضرورة أن يهدف التشريع إلى تحقيق الصالح العام، وإن كان لم يصدر منها حتى الآن أحكام تتضمن صراحة تقرير بطلان نص تشريعي لعيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية(١).

أيهما في ولايتها الدستورية أو الانتقاص منها وإنما الأمر في هذه الرقابة مرده إلى القيود التي فرضها الدستور والحقوق التي كفلها باعتبار أن هذه القيود وتلك الحقوق هي محل الرقابة القضائية ومناطها، تلك الرقابة التي تباشرها هذه المحكمة أمينة على مسئولياتها متفهمة لمراميها، مقيدة بضوابطها، مستجيبة لمتطلباتها... وفي جميع الأحوال، لا يجوز أن تنال المحكمة من السلطة التقديرية للمشرع، أو تحد منها، ولا أن تزن الدوافع الكامنة وراء النصوص القانونية التي أقرها، أو تناقش كيفية تطبيقها أو ملاءمة إصدارها".

(١) ويلاحظ أن محكمة القضاء الإداري قد أقرت في أحد أحكامها الأخذ بعيب الانحراف بالسلطة التشريعية كعيب يؤدي إلى عدم دستورية القانون، وكان ذلك بصدد قبولها للدفع بعدم دستورية القانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ بتعديل بعض أحكام قانون مجلس الشعب رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ بتحديد عدد الدوائر الانتخابية على مستوي الجمهورية بثمان وأربعين دائرة انتخابية، فبعد أن قررت هذا التحديد في صورته الظاهرة ينطوي على مخالفة لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص المنصوص عليها في الدستور، أردفت ذلك بقولها "أنه ولئن كان الأصل المؤصل أن المشرع في حدود الدستور له سلطة التشريع، فما لم يقيده الدستور بقيود معينة فن سلطته في التشريع هي سلطة تقديرية، وأن المادة ٨٧ من الدستور قد أناطت بالقانون تحديد عدد الدوائر الانتخابية على مستوي الدولة، وبالتالي كانت سلطة المشرع في تحديد عدد تلك الدوائر هي سلطة تقديرية إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة ألا يشوبها الانحراف في استعمالها، ومن المبادئ المسلمة في خصوص الحريات والحقوق العامة التي نص الدستور على تنظيمها بقانون أنه إذا خول الدستور المشرع سلطة تقديرية لتنظيم تلك الحقوق فيجب على المشرع ألا ينحرف عن الغرض الذي قصد إليه الدستور وهو كفالة ممارسة هذه الحقوق والحريات العامة في حدودها الموضوعية، فإذا نقضها المشرع أو انتقص منها وهو في صدد تنظيمها كان تشريعه مشوباً بالانحراف".

ومن ذلك ما قرره حكم المحكمة العليا الصادر في ٧ يونيه سنة ١٩٧٥ من نفي قيام عيب الانحراف في القانون رقم ٦٢٢ لسنة ١٩٥٥ فيما تضمنه من إلغاء قرار وزير التربية والتعليم بمعادلة شهادة مدرسة المساحة بشهادة الفنون والصنايع نظام حديث، وكان المدعي قد نعي على هذا القانون استهدافه لغير الصالح العام وصدوره بقصد الانتقام والكيد لخريجي مدرسة المساحة، واستندت المحكمة في رفض هذا النعي إلى أن "اللجنة التي شكلت قبيل صدور القانون لبحث موضوع التعادل بين شهادة مدرسة المساحة وشهادة الفنون والصنايع (نظام حديث) انتهت إلى أن قرار اللجنة التي شكلت سنة ١٩٤٩ لتقدير شهادة مدرسة المساحة – من الناحيتين الثقافية والمادية – قد بني على أساس المشاهدة العملية، ولم يبن على أساس المقارنة بين المدرستين من نواحي البرامج، وخطط الدراسة، ونظمها، ومواردها، ومسوغات الالتحاق بها، ومؤهلات مدرسيها، في حين أنه قد بان من البحث ألا وجه للمقارنة بين المدرستين، للاختلاف البين بينهما من كافة النواحي، كما أن قرار وزير التربية والتعليم قد بني على أساس أن مدة الدراسة بالمدرسة تتراوح في جملتها بين ثلاث سنوات وأربع سنوات تعقبها مدة تمرين أقلها سنة، مع أنه لم يحدث في تاريخ المدرسة أن زادت مدة الدراسة بها على سنة واحدة، بل كانت تتراوح بين ثلاثة شهور وبين سنة ولم تعقبها سنة تمرين أصلاً، وقد خلصت اللجنة إلى أن قرار وزير التربية والتعليم الصادر في ٢٨ يناير سنة ١٩٥٠ بمعادلة شهادة مدرسة المساحة بشهادة الفنون والصنايع (نظام حديث) قد قام على وقائع ثبت فيما بعد على وجه قاطع عدم صحتها، ومجافاتها للحقائق الثابتة، فانتفت بذلك الأسباب التي قام عليها التعادل، وقد تبني الشارع نتائج بحث هذه اللجنة – كما

وواضح من هذا الحكم – كما ذهب البعض بحق – أن المحكمة قد اعتبرت مجاوزة المشرع سلطته التقديرية في تنظيم حق من الحقوق، بأن انحراف الغرض الذي قصد إليه الدستور وهو كفالة ممارستها في حدودها الموضوعية، يشكل انحرافا في استعمال السلطة التشريعية. وأن المحكمة بذلك قد جعلت من الخروج عن حدود تنظيم الحق انحرافا في استعمال السلطة، وهو ما يخالف اتجاه المحكمة الدستورية العليا في اعتبار مجاوزة حدود التنظيم من المخالفات المباشرة لنصوص الدستور.

يبين من المذكرة الإيضاحية للقانون المطعون فيه – ومن ثم، يكون هذا النعي على القانون بعيب الانحراف لا يقوم على أساس سليم"(١).

وهو ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في ٥ فبراير سنة ١٩٨٣، عندما طعن أمامها بعدم دستورية القرار بقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ بتأميم بعض الشركات والمنشآت فيما تضمنه من إدراج الشركة المصرية المتحدة للملاحظة البحرية في الجدول المرافق له لمخالفة ذلك لاعتبارات الصالح العام التي نصت عليها المادة ٣٥ من دستور سنة ١٩٧١ واعتبرتها شرطاً للتأميم، لأن هذه الشركة لم تساهم بعد تأميمها بأي دور في تنمية الاقتصاد القومي، وتأرجحت بين عدة أنظمة قانونية وواقعية لم تستقر على إحداها، الأمر الذي يكشف عن أن تأميمها لم يستهدف الصالح العام. إلا أن المحكمة لم تأخذ بهذا الوجه من أوجه الطعن مقررة أن "المشرع قد أفصح في المذكرة الإيضاحية للقانون عن مقاصده واعتبارات المصلحة العامة التي تغياها من إصداره فأشار إلى أن الهدف من التأميم هو (توسيع قاعدة القطاع العام بحسبانه ضرورة قومية لتوجيه الاقتصاد القومي توجيهاً مؤثراً ومفيداً لخطة التنمية بما يكفل المضي بها قدماً نحو الغايات المقصودة منها مما يقتضي حشد القوي الفنية والإمكانيات المادية اللازمة لها – دون ترك أعبائها وتمويل احتياجاتها للقطاع الخاص الذي قد يتجه بجهوده وفق الاحتياجات التي تمليها مصالحه الخاصة وفي ذلك ما قد يقيم العثرات أمام خطة التنمية) لما كان ذلك، فإن ما ذهب إليه المدعون من أن القرار بقانون إذ قضي بتأميم الشركة المملوكة لهم لم يستهدف الصالح العام.. يكون غير سديد"(٢).

ويتضح من هذين الحكمين أن القضاء الدستوري المصري قد بسط رقابته على الغاية التي يهدف التشريع إلى تحقيقها، وإن كان لم يقض بعدم

---

(١) راجع في ذلك : مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا، الجزء الأول، ص ٣١٤.

(٢) راجع في ذلك القضية رقم ١٨ لسنة ١ قضائية دستورية، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الثاني، ص ٨٣ و ٨٤.

تحققها، ولا شك أن ركن الغاية هو المجال الخصب لإعمال عيب الانحراف ، مما يوجب على المحكمة الدستورية العليا عندما يدفع أمامها بوجود انحراف تشريعي في القانون المعروض عليها أن تقوم بمناقشة الأدلة والقرائن المقدمة من الطاعن إما لتستنتج منها وجود انحراف تشريعي أو تنتهي إلى عدم وجود هذا الانحراف لعدم اقتناعها بهذه الأدلة.

ويلاحظ أنه إذا استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على الأخذ بعيب الانحراف التشريعي، فإن هذا العيب يعتبر آخر العيوب التي يجب أن يتم بحثها بالنسبة لمدي دستورية التشريع، وذلك بالنظر إلى طبيعته الخفية والاحتياطية التي تستلزم تقديم غيره من عيوب الدستورية عليه، فهو الباب الأخير الذي يطرقه القاضي الدستوري للتثبت من عدم مخالفة التشريع للدستور. فالطبيعة الاحتياطية لعيب الانحراف التشريعي توجب على المحكمة الدستورية العليا – عند الدفع أمامها بتوافره – ألا تخوض في بحثه إلا إذا لم تسعفها المطاعن الشكلية أو الموضوعية الأخرى الموجهة إلى النص المطعون فيه في تقرير عدم دستوريته[1].

---

(١) راجع في ذلك: حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٧ مارس سنة ١٩٩٨، القضية رقم ١٢١ لسنة ١٨ قضائية دستورية، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الثامن، ص ١٢٢٦ . ولقد قررت المحكمة في هذا الحكم أن "ما ينعاه المدعي من أن قضاة الإفلاس لا يتربصون الحكم برد وبطلان سند الدين المطعون بتزويره، ولا يتقيدون بهذا الحكم بعد صدوره مما يمثل انحرافا من السلطة التشريعية في استعمال سلطتها، مردود أولا: بأن الفصل في دستورية النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، لا يتصل بكيفية تطبيقها عملا، ولا بالصورة التي فهمها بها القائمون على تنفيذها، وإنما مرد اتفاقها مع الدستور أو خروجها عليه، إلى الضوابط التي فرضها على الأعمال التشريعية جميعها. ومردود ثانيا: بأن سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، ليس بمبدأ يفترض في عملها، بل يعتبر مثلبا احتياطيا، وعيبا قصديا يتعين أن يكون الدليل عليه واشيا بتنكبها الأغراض المقصودة من تأسيسها، واستتارها بالتالي وراء سلطتها في مجال تنظيم الحقوق، لتصرفها إلى غير وجهتها، فلا يكون عملها إلا انحرافا عنها". أ. د. رمزي الشاعر المرجع السابق ص ٧١٣.

وفي تحليل تفصيلي لمذهب المحكمة الدستورية العليا في البحث عن عيب الانحراف التشريعي أخذ أحد الباحثين[١] بسائر الأفكار التي عرضناها في الرسالة حول مسلك المحكمة الدستورية العليا في البحث عن عيب الانحراف التشريعي إلا أنه خالفنا في أحد الحالات حيث ظهر جلياً خلط هذا الباحث بين بحث في السلطة التقديرية للمشرع والبحث عن عيب الانحراف فليس كل البحث في السنطة التقديرية للمشرع يمثل بحثاً عن وجود عيب الانحراف التشريعي حيث أن هناك عيوباً أخري تصيب التشريع في حال استعمال المشرع سلطته التقديرية ولا يدخل العيب في مفهوم الانحراف التشريعي وكان القانون الذي قاد الباحث إلى القول ببحث المحكمة عن عيب الانحراف هو ما يتعلق بتقرير الشفعة في القانون المدني وذهب الباحث في هذا الخصوص إلى:-

بادئ ذي بدء ، كما سبق القول، إن الانحراف في استعمال السلطة التشريعية يثور عندما تكون سلطة المشرع تقديرية، بحيث أنه إذا خالف المشرع الدستور وكانت سلطته مقيدة فإن الذي يثور هنا ليس الانحراف في استعمال السلطة التشريعية وإنما يكون التشريع باطلاً لمخالفته للدستور مباشرة. فالمشرع في حدود الدستور له سلطة التشريع، فما لم يقيده الدستور بقيود محددة، فإن سلطته في التشريع تكون سلطة تقديرية، والسلطة التقديرية هي الأصل في التشريع، والسلطة المحددة هي الاستثناء، وفيما عدا هذه السلطة المحددة التي إذا جاوزها المشرع كان التشريع باطلاً لمخالفته للدستور – مباشرة – تكون سلطة المشرع تقديرية، حيث أن نطاق هذه السلطة التقديرية يكاد يستغرق النشاط التشريعي، وهذا النطاق الواسع – نطاق السلطة التقديرية للمشرع – هو النطاق الذي يقع فيه الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، حيث إن منطقة الانحراف في التشريع أوسع بكثير من منطقة مخالفة التشريع للدستور[٢].

---

(١) د. عبدالمنعم عبدالحميد ، رسالته سالفة البيان ص ٥٢٨.

(٢) د. السنهوري: مخالفة التشريع للدستور، المرجع السابق، ص ٦٦.

وبصدد التساؤل الذي طرحناه نجد أن المحكمة العليا في الدعوى الماثلة قد ذهبت إلى أنه "ومن حيث إن الأصل في سلطة المشرع في تنظيم الحقوق أن تكون سلطة تقديرية ما لم يقيدها الدستور بقيود محددة. ولما كان الدستور لم يعرض لأسباب كسب الملكية ومنها حق الشفعة ولم يقيد سلطة المشرع في تحديدها وتنظيمها إكتفاءاً بتعيين حد أقصى للملكية الزراعية يحول دون قيام الإقطاع فمن ثم تكون سلطته في هذا الصدد سلطة تقديرية في نطاق الحد الأقصى المشار إليه[1].

ومعنى هذا أن المحكمة العليا اعتبرت المنطقة التي تجاوز السلطة المحددة للتشريع منطقة سلطة تقديرية تتعلق بالقانون، ولم تعتبرها منطقة حرية للسلطة التشريعية أدخل في السياسة منها في القانون، والأولي تخضع للرقابة القضائية، أما الثانية فعلاج الانحراف فيها بالطريق السياسي، وبهذا تكون المحكمة العليا قد وضعت حجر الأساس للرقابة القضائية على الانحراف في التشريع ومخالفة روح الدستور[2].

وفي الواقع أننا نؤيد الرأي السابق فيما ذهب إليه من أن المحكمة العليا قد وضعت حجر الأساس للرقابة القضائية على الانحراف التشريعي ، على الرغم من أنها لم تقض بعدم دستورية القانون لعيب الانحراف وذلك لأنه لا يوجد بالفعل – هنا - انحراف تشريعي، فلقد أظهرت المحكمة أن للمشرع في نطاق ممارسته لسلطته في التشريع منطقتين: الأولي:- تكون سلطته فيها مقيدة، حيث يقيده الدستور فيها بقيود محددة. والثانية:- وهي التي تكاد تستغرق النشاط التشريعي وهي السلطة التقديرية ، وبذلك تكون المحكمة العليا قد فرقت بين رقابتها للمشرع عندما تكون سلطته تقديرية، حيث يثور عيب الانحراف التشريعي، ورقابتها له عندما يقيده الدستور بقيود محددة إذا جاوزها المشرع فإنه يكون قد خالف الدستور مباشرة.

---

(١) حكم المحكمة العليا في الدعوى رق ٣ لسنة ١ ق عليا دستورية، السابق الإشارة إليه.

(٢) المستشار محمد أحمد عطا الله : رقابة المحكمة العليا، المرجع السابق، ص ٩٥٧.

ومع ذلك فقد ذهب رأي في الفقه إلى أنه لا يجد أخذاً من المحكمة من قريب أو بعيد بأي فكرة عن الانحراف في استعمال السلطة التشريعية فكل ما قررته المحكمة هو وجود سلطة تقديرية للمشرع ولم تقرر جواز رقابة هذه السلطة التقديرية بل أن مقتضي حكمها إطلاق هذه السلطة التقديرية من شتى صور الرقابة ولا يجوز التعويل على وصف منطقة التقدير التي للمشرع بأنها سلطة لأن في نطاق القانون العام ليست هناك ثمة مدلولات للحرية التي تعطي للسلطات المختلفة ومنها السلطة التشريعية وأن الحرية في القيام بالتصرفات القانونية في نطاق القانون العام هي ما يطلق عليها السلطة التقديرية، ومن ثم فإنه لا توجد علاقة بين ما جاء في الحكم من الاعتراف بالسلطة التقديرية للمشرع وبين وضع حجر الأساس لرقابة الانحراف التشريعي، حيث أن وضع حجر الأساس للرقابة على الانحراف في استعمال السلطة التشريعية إنما يكون باستنتاج ذلك من منهج المحكمة في البحث والذي يظهر في أسباب حكمها(١).

ولكننا نؤيد الرأي السابق، ونري أن المحكمة العليا قد وضعت ـ هنا ـ بالفعل حجر الأساس لرقابة الانحراف التشريعي، وذلك لأنه من ناحية فقد فرقت المحكمة العليا بين السلطة التقديرية للمشرع وسلطته المقيدة، بل إنها اعترفت بوجود السلطة التقديرية للمشرع، وهي منطقة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، فالاعتراف بالسلطة التقديرية للمشرع إنما يعني أن خروج المشرع على الدستور مستعملاً هذه السلطة التقديرية يجعل القانون منطوياً على انحراف في استعمال السلطة التشريعية . ومن ناحية أخري إن بحث المحكمة العليا في وجود سلطة تقديرية للمشرع أم أن سلطته مقيدة ، إنما هو بحث من المحكمة في وجود الانحراف التشريعي، بل إن المحكمة قد بحثت عما إذا كان قانون الشفعة قد تجاوز هذه السلطة التقديرية أم لا، وهذا بحث في الإنحراف التشريعي، لأن منطقة الانحراف التشريعي هي عندما تكون سلطة المشرع تقديرية. ولقد توصلت المحكمة من خلال بحثها إلى نفي مجاوزة قانون الشفقة

---

(١) د. محمد ماهر أبوالعينين : الانحراف التشريعي، المرجع السابق . ص ٩٢٧.

للسلطة التقديرية للتشريع[١]، حيث ذهبت إلى أنه "لا ريب أن ترجيح نظام الشفعة عند قيام أسبابها ومنها الجوار والاشتراك في حقوق الارتفاق على مبدأ حرية التصرف استنادا إلى أن الشفعة إذ تجمع بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به في ملكية الشفيع وحده في نطاق الحد الأقصى للملكية الزراعية فإنها تؤدي إلى تطهير الأرض من هذه الحقوق فضلاً عما يترتب عليها من دفع الضرر عن الجار وتجنب المشاركة في حقوق الارتفاق وكافة منازعات الواردة، ولا ريب أن ذلك مما يدخل في حدود سلطة المشرع التقديرية التي لم يقيدها الدستور في هذا الصدد"[٢].

وهكذا نجد أن المحكمة العليا لم تطلق السلطة التقديرية للمشرع من كل صور الرقابة، بل أنها راقبت إذا كان ترجيح المشرع لنظام الشفعة على مبدأ حرية التصرف يدخل في نطاق السلطة التقديرية له أم لا، وقضت المحكمة بأن ذلك الترجيح لنظام الشفعة يدخل في حدود سلطة المشرع التقديرية.

وهذا البحث ينصب على المنطقة التي يقع فيها الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، وهي منطقة السلطة التقديرية، التي إذا استعملها المشرع لتحقيق غاية أخري غير المصلحة العامة، كالإضرار بفرد معين بالذات مثلاً، فإنه يكون قد انحرف في استعمال سلطته التي خولها له الدستور.

ونخلص من كل ما سبق أن المحكمة العليا في أول حكم لها في دعوى دستورية قد وضعت حجر الأساس لرقابة القاضي الدستوري على الانحراف في استعمال سلطته التشريعية[٣].

وبذات الخلط بين رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرع وبين البحث عن عيب الانحراف انتهي الباحث إلى وجود انحراف تشريعي في بحث المحكمة الدستورية لبعض التشريعات فذهب إلى:-

---

(١) المستشار/ محمد أحمد عطا الله: المرجع السابق، ص ٩٥٧.

(٢) حكم المحكمة العليا في الدعوى رقم ٣ لسنة ١ ق دستورية عليا، السابق الإشارة إليه.

(٣) د. عبدالمنعم عبد الحميد المرجع السابق ص ٥٢٩.

الانحراف التشريعي "والقرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ بتعديل بعض أحكام قانون السلطة القضائية وقوانين الهيئات القضائية"

إن رئيس الجمهورية يجوز له – كما سبق القول- إصدار قرارات بقوانين طبقاً للمادة ١٤٧ من الدستور، وذلك مع مراعاة الشروط التي يتطلبها الدستور لممارسة ذلك الاختصاص الاستثنائي، كما أن المحكمة الدستورية العليا تراقب مدي توافر تلك الشروط التي تبرر لرئيس الجمهورية استعمال تلك الرخصة التشريعية الاستثنائية.

ومن الملاحظ أن القرارات بقوانين التي يصدرها رئيس الجمهورية طبقاً للمادة ١٤٧ من الدستور ، وذلك مع مراعاة الشروط التي يتطلبها الدستور لممارسة ذلك الاختصاص الاستثنائي، كما أن المحكمة الدستورية العليا تراقب مدي توافر تلك الشروط التي تبرر لرئيس الجمهورية استعمال تلك الرخصة التشريعية الاستثنائية.

ومن الملاحظ أن القرارات بقوانين التي يصدرها رئيس الجمهورية طبقاً للمادة ١٤٧ من الدستور – أي في حالة الضرورة هي الأكثر شيوعاً في العمل[1]. وعلى هذا الأساس ففي السابع من أكتوبر سنة ١٩٩٣ أصدر رئس الجمهورية القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ بتعديل بعض أحكام قانون السلطة القضائية وقوانين الهيئات القضائية، ونص في مادته الأولي على أن "تستبدل عبارة "أربعاً وستين سنة" بعبارة "ستين سنة" في كل من المواد ٦٩ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية، ١٢٣ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة، ٢٩ من القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٣ بشأن تنظيم هيئة قضايا الدولة، والمادة ١ من القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧٣ ببعض الأحكام الخاصة بأعضاء النيابة الإدارية، وفي تطبيق أحكام المواد

---

(1) أستاذنا الدكتور/ يحي الجمل: النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية، المرجع السابق، ص ١٧٢.

١٣٠ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية، و ١٤ ، ٢٤ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩". وقضي في مادته الثانية بأن "ينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية وتكون له قوة القانون، ويعمل به اعتبارا من أول أكتوبر سنة ١٩٩٣".

ولقد صدر هذا القرار بقانون في غيبة مجلس الشعب طبقاً للمادة ١٤٧ من الدستور التي تنص على أنه "إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة ا لقانون....". فلقد ذهب رئيس الجمهورية أن هناك ضرورة ملحة توجب عليه الإسراع في إصدار هذا القرار بقانون. ولقد أوردت المذكرة الإيضاحية لهذا القرار بقانون الأسباب التي دعت إلى الإسراع في إصداره حيث جاء بهذه المذكرة أنه "وإذا كان الاستنزاف المستمر، والإهدار المتزايد للثروة القضائية العريضة التي يصعب تعويضها يتفاقم يوماً بعد يوم مما شكل خطورة بالغة يتحتم سرعة مواجهتها على نحو لا يحتمل التأخر، لهذا كان التوجه إلى الدستور لالتماس سنده في هذا الشأن بإفراغ التعديل المطلوب لرفع السن في صيغة مشروع قرار بقانون للإسراع به إلى حيز التطبيق فيما لا يحتمل التأخير، وفي ذلك إعلاء للصالح العام وحرص عليه لا يماري فيه، ولا وجه للتواني عنه، تأميناً للعدل لجماهير المواطنين وسرعة إيصاله لمستحقيه، حتى تطمئن النفوس وتهدأ الأحوال، ويستقر المجتمع، ويستتب النظام[1].

وأضافت المذكرة الإيضاحية أيضاً "لقد كان ذلك لأن استقرار المراكز القانونية للقائمين بالخدمة من أعضاء السلطة القضائية وسائر الهيئات القضائية – عند العمل بهذا المشروع وبالتطبيق لأحكامه – إنما يعكس مصلحة قومية حيوية بالنظر إلى طبيعة العمل القضائي وترامي أفاقه، وتعدد مناحيه، وما

---

(1) أنظر : مضبطة مجلس الشعب، الفصل التشريعي السادس، دور الانعقاد العادي الرابع، مضبطة الجلسة الرابعة، ١٣ نوفمبر ١٩٩٣ ص ٤٢، ٤٣.

يقتضيه من تواصل: الخدمة وإثرائها لهذا العمل بالمعرفة العريضة، ضماناً لعدالة واغية ومقتدرة ولا شك أن تلك المصلحة الحيوية تمثل بذاتها منعطفاً بالغ الأهمية في اتجاه تطوير العمل القضائي والنهوض بمجالاته وتحمل أعظم مسئولياته وأدق تبعاته، ومن ثم فإن تنظيم هذه المصلحة الحيوية ومواجهة متطلباتها بتدابير عاجلة تواجه طبيعتها وتتجانس مع وزنها وخطرها ، يعتبر أكفل لصونها وأدعي لتحقيق ما تتغياه من آمال ترتبط بها المصالح المباشرة للقاعدة الأعرض من الجماهير، يؤيد ذلك أن العمل القضائي متكامل بطبيعته، وأن بداية العام القضائي هي أولي درجاته التي ينطلق منها تنظيمه على مداه، وعندما يلزم أن تكون الأوضاع مستقرة والمراكز محددة حتى يمضي العمل قدماً دون كلل أو وهن وهو ما حرص المشروع على ضمانه. إذ من المحقق أن تراخي هذا الاستقرار ولما بعد مستهل العام القضائي يؤثر سلباً على هذا العمل ومن المصلحة العامة تجنبه[1].

وهكذا نري أن الغاية الأساسية من القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ كما جاء في مذكرته الإيضاحية هي المحافظة على الثروة القضائية العريضة عن طريق رفع سن الإحالة إلى المعاش من ٦٠ إلى ٦٤ سنة، وفي ذلك كما جاء بالمذكرة الإيضاحية تحقيق للصالح العام، فالغاية من رفع السن وإصدار القرار بقانون في الوقت الذي صدر فيه هي المصلحة العامة "صالح المتقاضين من ناحية، وصالح جهاز القضاء المنوط به إدارة العدالة إدارة فعالة من ناحية أخري" ومن ثم فإن التعجيل بإصدار هذا القرار بقانون كان لازماً لمواجهة متطلبات التنظيم القضائي التي استهدف المشرع رعايتها تحقيقاً للصالح العام، باعتبار أن التراخيص في إجرائه لما بعد بداية العام القضائي لفترة أطول يتناسب عكسياً مع حسن أداء السلطة القضائية لوظيفتها[2].

إذا هذه هي الأسباب التي أوردتها المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون رقم

---

(1) مضبطة مجلس الشعب، مضبطة الجلسة الرابعة، المرجع السابق ص ٤٣.

(2) مضبطة مجلس الشعب ، مضبطة الجلسة الرابعة، المرجع السابق، ص ٤٣.

١٨٣ لسنة ١٩٩٣ التي دعت إلى الإسراع في إصداره. ولقد أودع هذا القرار بقانون مجلس الشعب في ١٩٩٣/١٠/٧، وإحالة رئيس المجلس إلى لجنة الشئون الدستورية والتشريعية في ١٩٩٣/١٠/١٢ التي وافقت عليه في ١٩٩٣/١١/١٠[١]، وقدمت اللجنة تقريرها إلى مجلس الشعب الذي وافق على القرار بقانون المشار إليه في ١٩٩٣/١١/١٣ بأغلبية أعضائه ـ ٣٠٨ عضواً نداءً بالاسم لما له من أثر رجعي[٢].

وفي ١٩٩٥/٣/٢١ طعن أحد المستشارين أمام محكمة النقض بعدم دستورية المادة الثانية من القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ بتعديل بعض أحكام قانون السلطة القضائية وقوانين الهيئات القضائية فيما نصت عليه "ويعمل به اعتبارا من أول أكتوبر ١٩٩٣"[٣].

ولقد جاء في هذا الطعن أن المدعى كان يعمل مستشاراً بمحكمة استئناف القاهرة وبتاريخ ١٩٩٢/١١/١٥ صدر قرار وزير العدل رقم ٥٦٣١ لسنة ١٩٩٢ بإحالته إلى التقاعد لبلوغه سن الستين في ١٩٩٢/١٢/١٩ مع بقائه في الخدمة حتى ١٩٩٣/٦/٣٠ وفقاً لنص المادة ٢/٦٩ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية. وعلى أثر صدور القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ بتعديل بعض أحكام قانون السلطة القضائية وقوانين الهيئات القضائية الذي قضي في مادته الأولي بأن "تستبدل عبارة ٦٤ سنة بعبارة ٦٠ سنة وفي المادة ٦٩ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢" ونص في مادته الثانية على أن "ينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية وتكون له قوة القانون ويعمل به اعتبارا من أول أكتوبر سنة ١٩٩٣"، تقدم المدعي بطلب إلى السيد

---

(١) تقرير لجنة الشئون الدستورية والتشريعية، مضبطة مجلس الشعب، مضبطة الجلسة الرابعة المرجع السابق، ص ٣٩.

(٢) مضبطة مجلس الشعب، مضبطة الجلسة الرابعة، المرجع السابق، ص ٢٨.

(٣) المستشار/ فتحي حسن مصطفى. أنظر: تقرير هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٤ لسنة ١٧ ق "دستورية" تقرير المستشار / حمدان فهمي، في ١٩٩٥/٧/٣، ص ٢ ومابعدها.

وزير العدل لإعادته إلى الخدمة – حيث إنه لم يبلغ سن الرابعة والستين وقت صدور القرار بقانون المشار إليه، ولكنه لم يتلق رداً على هذا الطلب فأقام الطلب رقم ٢ لسنة ٦٤ ق "طلبات رجال القضاء" أمام محكمة النقض طالباً الحكم بأحقيته في العودة إلى الخدمة بذات أقدميته اعتبارا من ١٩٩٣/١٠/٧ وإلزام السيد المستشار وزير العدل بصفته بأن يؤدي إليه تعويضاً عن الأضرار المادية والأدبية التي لحقت به. وفي أثناء نظر الطلب بجلسة ١٩٩٥/٥/٢ دفع المدعى بعدم دستورية المادة الثانية من القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ فيما نصت عليها "من العمل به اعتبارا من أول أكتوبر سنة ١٩٩٣". وحيث إن محكمة الموضوع – محكمة النقض – قد قدرت جدية الدفع فلقد قررت تأجيل نظر الطلب لجلسة ١٩٩٥/٦/٦ وصرحت للمدعي بأن يقيم دعواه الدستورية فأقام المدعى الدعوى رقم ١٤ لسنة ١٧ ق دستورية بتاريخ ١٩٩٥/٣/٢١. ولقد ذهب المدعي – في هذه الدعوى – إلى أن النص المطعون فيه يخالف نص المادة ٤٠ من الدستور – التي تقرر مبدأ المساواة – ذلك أن سريان القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ من أول أكتوبر سنة ١٩٩٣ يتضمن تمييزاً بين طائفتين من رجال القضاء في مركز قانوني واحد، الطائفة الأولي تشمل من بلغ سن الستين في الفترة من أول أكتوبر سنة ١٩٩٣ حتى ٧ أكتوبر سنة ١٩٩٣، وتشمل الطائفة الثانية من بلغ سن الستين قبل أو أكتوبر سنة ١٩٩٣، وهو أي المدعى – من هذه الطائفة، فبينما عاد أفراد الطائفة الأولي على الخدمة استبعد أفراد الطائفة الأخيرة من نطاق تطبيق التشريع المشار إليه، رغم أن أفراد الطائفتين متساوون في المركز القانوني لكونهم جميعاً قد بلغوا سن الستين قبل ٧ أكتوبر سنة ١٩٩٣ ولم يبلغوا بعد سن الرابعة والستين، وبالتالي فإن هذا التمييز يعتبر تحكمياً يدمغ النص المطعون عليه بمخالفة الدستور ويخل بمبدأ تكافؤ الفرص . وأضاف المدعي أن الوقوف بالأثر الرجعي للقرار بقانون المطعون فيه عند تاريخ ١٩٩٣/١٠/١ يجافي طبيعة هذا التعديل التشريعي ولا يحقق أهدافه أو الغاية منه، إذ أن أيسر السبل لبلوغ هذه الغاية هو الاستعانة بخبرة القضاة المتقاعدين قبل أول أكتوبر ١٩٩٣ الذي لم يبلغوا بعد الرابعة والستين وانتهي المدعى إلى أنه إذ يشترط لمشروعية القاعدة القانونية أن تكون

عامة مجردة لا تخاطب أشخاصاً بذواتهم وكان البين من سجل أقدمية رجال القضاء والنيابة العامة لعام ١٩٩٣ أن واحداً فقط من بينهم بلغ سن الستين في الفترة من أول أكتوبر – تاريخ العمل بالقرار بقانون المطعون فيه – والسابع من أكتوبر سنة ١٩٩٣ وهو تاريخ صدوره وطبقت عليه المادة الأولى من القرار بقانون رقم ١٨٣ سنة ١٩٩٣[١]، هذا في حين أن من بلغوا الستين قبل أول أكتوبر سنة ١٩٩٣ – ولم يبلغوا الرابعة والستين – يعدون بالعشرات، ولذلك فإن التشريع المشار إليه يكون قد صدر لشخص بعينه من رجال القضاء وهو ما يفقده شرط العمومية والتجريد، فهذا القرار بقانون قد ألبس شكل القاعدة القانونية على خلاف حقيقتها ، متبنياً حالة فردية بذاتها ليكون منصرفاً إليها، ولا يعدو ذلك أن يكون انحرافا من رئيس الجمهورية في استعمال سلطة التشريع[٢].

إذا كانت هذه هي أوجه المخالفة الدستورية التي وجهها المدعي للقرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣[٣]. فما هو موقف كل من هيئة مفوضي المحكمة

---

(١) هو المستشار/ فتحي إبراهيم أحمد قرمة حسبما تبين من الإطلاع على حافظة المستندات التي قدمها المدعي رفق صحيفة الدعوى الماثلة. أنظر تقرير هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا السابق، ص ٣.

(٢) أنظر في وقائع الدعوى رقم ١٤ لسنة ١٧ ق دستورية، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء السابع، ص ١٨٤ وما بعدها، وأنظر – أيضاً – تقرير هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا، السابق، ص ٢ وما بعدها.

(٣) ونضيف إلى أوجه المخالفة الدستورية أن القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ لم يعرض على مجلس الشعب في الميعاد الذي حددته المادة ١٤٧ من الدستور، حيث إنه لما كان هذا القرار بقانون قد صدر والمجلس قائم – فيما بين أدوار الانعقاد – فإنه كان يجب عرضه على مجلس الشعب – طبقاً للمادة ١٤٧ من الدستور – خلال خمسة عشر يوماً من صدوره. ولكن الذي حدث أن ذلك القرار بقانون الصادر في ١٩٩٣/١٠/٧ قد أودع مجلس الشعب في ١٩٩٣/١٠/٧، وأحاله رئيس المجلس إلى لجنة الشئون الدستورية والتشريعية في ١٩٩٣/١٠/١٢ والتي وافقت عليه بالإجماع في ١٩٩٣/١١/١٠ وقدمت تقريرها إلى مجلس الشعب الذي وافق عليه في ١٩٩٣/١١/١٣.

ويتضح من ذلك أن القرار بقانون المشار إليه لم يعرض على المجلس في الميعاد المقرر

الدستورية العليا والمحكمة الدستورية العليا من ذلك؟ وهل كان ذلك القرار بقانون ينطوي على انحراف في استعمال السلطة التشريعية أم لا؟

في المادة ١٤٧ من الدستور وهو خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره، حيث إنه صدر في يوم ١٩٩٣/١٠/٧ وعرض على المجلس في ١٩٩٣/١١/١٣، حيث ذكر السيد/ كمال الشاذلي وزير الدولة لشئون مجلس الشعب والشورى ما يلي:- "القرار بقانون المعروض علينا اليوم "١٩٩٣/١١/١٣" . فالقرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ قد عرض على المجلس بعد ٣٦ يوم من صدوره، إذن فهو لم يعرض على المجلس في الميعاد الذي حددته المادة ١٤٧ من الدستور وهو خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره ، وبالتالي يكون قد خالف الدستور. ولا يمكن – هنا الاحتجاج بأن العرض على المجلس يعني – مجرد – إيداع ذلك القرار بقانون المجلس، وإنما كان يجب دعوة المجلس للانعقاد لعرض القرار بقانون المشار إليه عليه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إصداره، فالمادة ١٤٧ من الدستور توجب عرض القرارات بقوانين الصادرة طبقاً لها على مجلس الشعب وليس فقط مجرد إيداعها المجلس.

وإذا كان مجرد إيداع تلك القرارات مجلس الشعب يعني العرض فلماذا ذهبت المحكمة الدستورية في حكمها الصادر في ١٩٩٩/١/٢ إلى ضرورة دعوة مجلس الشعب للانعقاد لعرض تلك القرارات بقوانين – الصادرة – فيما بين أدوار الانعقاد – عليه؟ حيث قضت بأن "البين مما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من الدستور، أن مواعيد وإجراءات عرض القرارات المشار إليه على مجلس الشعب، تختلف باختلاف ما إذا كان المجلس منحلاً أو موقوفاً أو قائماً، فإذا كان المجلس منحلاً أو موقوفاً، وجب عرض القرارات المشار إليها في أول اجتماع ، فور انعقاده، أما في غير هاتين الحالتين – الوقف والحل – فيتعين أن يدعي المجلس للانعقاد لعرض تلك القرارات عليه خلال فترة زمنية محددة هي خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها". أنظر حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٥ لسنة ١٨ ق "دستورية"، سابق الإشارة إليه.

ويتضح من هذا الحكم أن المحكمة الدستورية قد ذهبت إلى ضرورة دعوة المجلس للانعقاد لعرض القرارات بقوانين المشار إليها عليه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها – والمجلس قائم – وليس فقط مجرد إيداعها المجلس أو مكتبه.

ونخلص من ذلك إلى أن القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ لم يعرض على المجلس خلال الفترة الزمنية التي حددتها المادة ١٤٧ من الدستور، وهي خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره.

أنظر في إيداع القرار بقانون المشار غليه مجلس الشعب – أو مكتب المجلس – وموافقة لجنة الشئون الدستورية والتشريعية وموافقة مجلس الشعب عليه، وكذلك كلمة السيد/ كمال الشاذلي أمام مجلس الشعب: مضبطة مجلس الشعب، مضبطة الجلسة الرابعة، المرجع السابق ص ١٨، ٢٨، ٣٩.

موقف هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا:-

لقد بحث تقرير هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا - في البداية - في توافر حالة الضرورة المبررة لإصدار رئيس الجمهورية القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ فذهب إلى أن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جري على أن "الدساتير المصرية المتعاقبة بدءاً من دستور ١٩٢٣ وإنتهاءاً بالدستور القائم تفصح جميعها عن اعتناقها لنظرية الضرورة وتضمينها لأحكامها في صلبها، تمكيناً للسلطة التنفيذية - فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو حال غيبتها - من مواجهة أوضاع قاهرة أو ملحة تطرأ خلال هذه الفترة الزمنية وتلجئها إلى الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير في شأنها، ومن ثم يكون تدخلها بهذه التدابير، وتطبيقاً لها، مبرراً بحالة الضرورة، ومستنداً إليها، وبالقدر الذي يكون متناسباً مع متطلباتها، وبوصفها تدابير من طبيعة استثنائية[1]"، ومن حيث إنه لما كان النص المطعون فيه قد ورد ضمن قرار بقانون طبقاً للمادة ١٤٧ من الدستور، ومن حيث إنه لما كان التنظيم القضائي بطبيعته يقتضي استقرار الوضع العام للقضاء خلال العام القضائي الذي يبدأ من أول أكتوبر وينتهي بنهاية شهر يونيه من كل عام، إذ تبدأ العطلة القضائية للمحاكمة اعتباراً من أول يوليو لتنتهي في آخر شهر سبتمبر من كل عام طبقاً لأحكام القوانين المنظمة للهيئات القضائية، وذلك حتى لا تتغير وتتبدل تشكيلات المحاكم المختلفة خلال العام القضائي على نحو يؤدي إلى خلخلة نظام العمل القضائي وتعثره، لما يترتب على إعادة تشكيل المحاكم من إهدار جهد ووقت القضاء الذي بذلوه في الإلمام بالأنزعة التي كانت معروضة عليهم وقاربوا الفصل فيها، لينتقلوا إلى محاكم أو دوائر قضائية أخري لنظر قضايا جديدة عليهم لم يحيطوا بها بعد وإنما أحاط بمضمونها آخرون من القضاة الذين نقلوا إلى محاكم أخري، وهو الأمر الذي يلحق أبلغ الضرر بالمتقاضين على نحو يناقض الصالح العام، الأمر الذي يجب على المشرع تلافيه بالعمل على استقرار

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٥ لسنة ٨ ق دستورية، سابق الإشارة إليه.

المراكز القانونية لأعضاء الهيئات القضائية اعتبارا من أول العام القضائي حتى نهايته تحقيقاً للصالح العام، ومتى اقتضت المصلحة القومية إعادة التنظيم القضائي بما يحفظ للهيئات القضائية من بلغ من العلم مبلغاً كبيراً ومن الخبرة القضائية قيمتها تحقيقاً لصالح المتقاضين من ناحية، وصالح جهاز القضاء المنوط به إدارة العدالة إدارة فعالة من ناحية أخري، فقد كان لزاماً على المشرع – متى استبان له أن صلاح مرفق العدالة يقتضي ذلك – الإسراع في إصدار هذا التعديل حتى لا يتراخي إجراءه عاماً آخر يفقد فيه الهيكل القضائي قدراً عظيماً من أركانه، وقمماً تمثل دعائم تقدمه وتطوره، وحتى لا يقف هذا المرفق منعزلاً عن ركب التطور المستعر في دول العالم المتقدم، مردداً – أحياناً – لمبادئ بالية لا تجديد فيها لم تعد تناسب العصر الحديث، ولا شك أن القدرة على مثل هذا الإبداع والعطاء، الذي يمثل جهاز القضاء، إنما تتوافر بالقدر الأوفى لدي من بلغ هذا الجهاز قمته العليا، ومن ثم فإن التعجيل بإصدار هذا التعديل كان لازماً لمواجهة متطلبات التنظيم القضائي التي استهدف المشرع رعايتها تحقيقاً للصالح العام، باعتبار أن التراخي في إجرائه لما بعد بداية العام القضائي لفترة أطول يتناسب عكسياً مع حسن أداء السلطة القضائية لوظيفتها، وذلك للأسباب التي أوضحتها المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون المشار إليه[١]. وأضاف التقرير أنه من ناحية أولي متى كان التشريع الأصلي للسلطة القضائية قد صدر بموجب القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ الذي انتهي قضاء المحكمة الدستورية العليا إلى "موافقته للدستور من الناحية الشكلية"[٢]، وبالرغم من قيام تشريع سابق عليه ينظم هذه السلطة، فمن باب أولي يكون تعديل بعض أحكام هذا التشريع بوسيلة القرار بقانون حال غياب السلطة التشريعية جائزاً متى تماثلت الظروف المحيطة بإصدار هذا وذاك

(١) تقرير هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٤ لسنة ١٧ ق. دستورية، السابق الإشارة إليه، ص ١١ : ١٤.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٠ سنة ١ ق دستورية، ١٩٨٢/٥/١٦، مجموعة الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا ، الجزء الثاني، ص ٥٠.

لوحدة المسألة التي وجب تنظيمها أو إعادة تنظيمها على وجه لا يحتمل التأخير، بمعني أنه متى توافرت حالة الضرورة لدي الحاجة إلى إصدار التشريع الأصلي فإنها تتوافر بذات القدر عن الحاجة إلى تعديل بعض أحكام هذا التشريع، إذ أن الظروف الواقعية في الحالتين تكون متكافئة ومختصرها أن ذات المسألة في حاجة إلى إعادة تنظيمها كلياً أو جزئياً، ومن ناحية أخري فإن قضاء المحكمة الدستورية العليا باستيفاء القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية لأوضاعه الشكلية التي تطلبها الدستور، ومنها توافر حالة الضرورة التي بررت إصداره في صورة قرار بقانون، يؤكد أن الحاجة إلى إعادة تنظيم السلطة القضائية على نحو تقتضيه المصلحة العامة يمثل حالة ضرورة من تلك التي تبرر الالتجاء إلى وسيلة القرار بقانون لإصدار التعديل الذي يقتضيه الصالح القومي طبقاً للمادة ١٤٧ من الدستور التي جري نصها على أنه "إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات لها قوة القانون..."، ذلك أن الحدث الذي ورد النص عليه بصدر هذه المادة قد يكون غير طارئ، وإنما اكتشف أو تنبه إليه، أو رؤى أن وجه المصلحة على خلاف ما كان معتقداً، فغير المعلوم أو المجهول بالنسبة للإنسان – وإن كان واقعاً – كالمعدوم على حد سواء، فإذا ما اكتشف أو علم هذا المجهول أصبح واقعاً طرأ وقت اكتشافه أو توصل الإنسان إلى العلم به، مما يوجب مواجهته بما يناسبه من التدابير، وأما عن مدي احتمال التدبير للتأخر، فإن المقصود من ذلك ألا يكون في تأخير التدبير تفويت لمصلحة عامة أو وقوع ثمة أضراراً لها، وتبعاً لذلك فإنه كلما كان في اتخاذ التدابير – وهو هنا إصدار التعديل التشريعي المطلوب في صورة قرار بقانون – تحقيق لمصلحة عامة أو دفع ضرر ما قد يحيق بمصالح الوطن – داخلياً أو خارجياً – قامت حالة الضرورة التي تبرر – أو تجيز – لرئيس الجمهورية اتخاذ هذا التدبير، ولا تقف هذه الحالة عند الأوضاع القاهرة التي توج باتخاذ تدابير معينة، وإنما يتسع مجالها لتشمل

الأوضاع الملحة حسبما استقر عليها قضاء المحكمة الدستورية العليا[١]. وهذه الأوضاع الملحة تشمل كل ما من شأنه تحقيق المصلحة العامة أو دفع الأضرار التي قد تحيق بالدولة ممثلة في مؤسساتها المختلفة أو بمواطنيها الذين هم عماد وجودها، وهذا هو التفسير الذي يتوافق مع نص المادة ١٤٧ من الدستور حيث استخدم المشرع الدستوري عبارة "جاز لرئيس الجمهورية" ولو كان المشرع الدستوري يقصد بهذا النص حالة الحوادث الطارئة القاهرة لأوجب على رئيس الجمهورية مواجهتها بالتدابير المناسبة ولما ترك له سلطة تقديرية في هذا الشأن هو – أي رئيس الجمهورية – المنوط به دستورياً حماية الوحدة الوطنية ورعاية الحدود بين السلطات وكذلك رعاية مصالح الشعب رعاية كاملة "المادتان ٧٣، ، ١٤ من الدستور[٢]، ذلك أن قعود رئيس الجمهورية عن مواجهة الأوضاع القاهرة التي تستلزم مواجهتها بتدابير معينة يعتبر تراخياً منه في أداء واجبه برعاية المصلحة العامة رعاية كاملة وفقاً لما ناطه الدستور به،

---

(١) التقرير السابق ص ١٧.

(٢) الجدير بالذكر أن هناك خطأ أورده تقرير هيئة المفوضين هنا حيث إنه أشار إلى المادة ١٤٠ من الدستور وهي تتعلق بنائب رئيس الجمهورية، في حين أنه يتكلم عن رعاية رئيس الجمهورية لمصالح الشعب رعاية كاملة ولذلك كان يجب عليه أن يشير إلى المادة ٧٩ من الدستور المصري الصادر سنة ١٩٧١ وليس إلى المادة ١٤٠ منه.

حيث تنص المادة ٧٩ من الدستور على أن "يؤدي رئيس الجمهورية أمام مجلس الشعب قبل أن يباشر مهام منصبه اليمين الآتية:- "أقسم بالله العظيم أن أحافظ مخلصاً على النظام الجمهوري، وأن أحترم الدستور والقانون، وأن أرعى مصالح الشعب رعاية كاملة، وأن أحافظ على استقلال الوطن وسلامة أراضيه". في حين تنص المادة ١٤٠ من الدستور على أن "يؤدي نائب رئيس الجمهورية أمام رئيس الجمهورية قبل مباشرة مهام منصبه اليمين الآتية:- "أقسم بالله العظيم أن أحافظ مخلصاً على النظام الجمهوري، وأن احترم الدستور والقانون، وأن أرعى مصالح الشعب رعاية كاملة، وأن أحافظ على استقلال الوطن وسلامة أراضيه".

كما تنص المادة ٧٣ من الدستور على أن:- "رئيس الدولة هو رئيس الجمهورية، ويسهر على تأكيد سيادة الشعب وعلى احترام الدستور و سيادة القانون وحماية الوحدة الوطنية والمكاسب الاشتراكية، ويراعي الحدود بين السلطات وسيادة القانون وحماية الوحدة الوطنية والكاسب الاشتراكية. ويراعي الحدود بين السلطات لضمان تأدية دورها في العمل الوطني".

ومن غير المتصور أن يكون المشرع الدستوري قد أجاز له هذا التراخيص في مثل تلك الحالات بموجب المادة ١٤٧ من الدستور على نحو يخالف أحكام المادتين ٧٣، ١٤٠ منه[١]، الأمر الذي يؤكد أن حالة الضرورة المنصوص عليها في المادة ١٤٧ من الدستور لا تتمثل في الأوضاع الطارئة القاهرة فقط وإنما تشمل كل منا شأنه تحقيق الصالح العام على نحو يكون التراخي فيه ضاراً بالمصلحة القومية، أو كما عبرت عنه المحكمة الدستورية العليا بالأوضاع الملحة، ولا يغير من ذلك ما ورد بصدر المادة ١٤٧ من الدستور من أنه "إذا حدث ما يوجب الإسراع...." إذ أن وجوب الإسراع في اتخاذ التدبير مسألة تقديرية ونسبية في ذاتها لا تنفي السلطة التقديرية التي منحها الدستور على نحو صريح بإجازته لرئيس الجمهورية اتخاذ التدابير أو عدمه، ومن حيث إنه متى كان ما تقدم وإذ اقتضت المصلحة العامة الإسراع في إصدار التعديل التشريعي الذي تضمنه القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ في صورته تلك – على النحو الذي سبق تفصيله – فإن إصدارها التشريع بوسيلة القرار بقانون يكون مبرراً بحالة الضرورة التي استلزمت إصداره[٢].

وبصدد نعي المدعى على النص المطعون فيه أنه يخالف المادة ٤٠ من الدستور، حيث إنه أقام تمييزاً تحكمياً بين طائفتين من رجال القضاء الذي لم يبلغوا الرابعة والستين، وتشمل الأولي من بلغ سن الستين في الفترة من الأول حتى السابع من أكتوبر ١٩٩٣ وتقرر استمراره بالخدمة حتى الرابعة والستين طبقاً للقرار بقانون المشار إليه، وتشمل الطائفة الثانية من بلغ سن الستين قبل أول أكتوبر سنة ١٩٩٣ والذين وقف دونهم الأثر الرجعي لهذا التشريع على نحو يناقض الغاية منه وهي الاستفادة بخبرة شيوخ رجال القضاء، ذهب تقرير هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا – بصدد هذا الدفع – في البداية إلى بيان مبدأ المساواة وما ذهب إليه القضاء الدستوري بشأنه من أن المساواة المقصودة

---

(١) نفس الملاحظة السابقة حيث إنه كان يجب على تقرير هيئة مفوضي المحكمة الدستورية أن يشير – هنا – إلى المادة ٧٩ من الدستور وليس إلى المادة ١٤٠ منه.

(٢) التقرير السابق، ص ١٧، ١٨.

هي "المساواة بين من تتماثل مراكزهم القانونية في نطاق الموضوع محل التنظيم التشريعي ومعاملتهم بالتالي على ضوء قاعدة قانونية موحدة لا تفرق بين أصحابها بما ينال من مضمون الحقوق التي يتمتعون بها"[1]، ومعنى ذلك أنه إذا كان المشرع قد حدد القواعد التي تضمنها النص التشريعي وفق أسس موضوعية لا تقيم في مجال تطبيقها تمييزاً من أي نوع بين المخاطبين بها المتكافئة مراكزهم القانونية بالنسبة إليها، فلا تكون ثمة مخالفة لمبدأ المساواة[2]. وأضاف التقرير أنه ومن حيث إن الأصل – وفقاً للمادة ١٨٨ من الدستور – أن القوانين "يعمل بها بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشرها في الجريدة الرسمية، إلا إذا حددت لذلك ميعاداً آخر " . ومقتضي ذلك أن التشريع الجديد لا يسري على الماضي أو على المراكز القانونية التي اكتملت نشأتها قبل هذا الموعد – وهو ما يعبر عنه بمبدأ الأثر المباشر للقانون أو عدم رجعية القوانين – وذلك كله إلا إذا حدد المشرع للعمل بالقاعدة القانونية الجديدة تاريخاً آخر على نحو صريح، فلا يجوز للقاضي أن يطبق القانون بأثر رجعي حال عدم وجود نص صريه فيه يقرر هذا الأثر اعتمادا على إرادة المشرع الضمنية أو المفترضة، أو استنادا إلى الأعمال التحضيرية لهذا القانون، أو بالنظر إلى أهداف التشريع والحكمة منه، وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض بأن "الأصل أن أحكام القانون لا تجري إلا على ما يقع من تاريخ نفاذه ولا يترتب عليه أثر بالنسبة لما تم قبله من مراكز قانونية ما لم ينص على خلاف ذلك"[3]، كما ذهب التقرير إلى أنه ومن حيث إن المراكز القانونية تنشأ وتنقضي بسبب وقائع مؤدية إلى ذلك بحكم القانون، وسواء كانت هذه الوقائع مادية أو تصرفات

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى ١٠٢ لسنة ١٢ ق دستورية بجلسة ١٩٩٣/٦/١٩. مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، الجزء الخامس، المجلد الثاني، ص ٣٤٣.

(٢) التقرير السابق، ص ٢٤.

(٣) حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١٣١٣ لسنة ٤٧ ق بجلسة ١٩٨٠/٥/٨، مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية، ومن الدائرة المدنية، ومن دائرة الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، من مايو إلى ديسمبر سنة ١٩٨٠، ص ١٣١٠.

قانونيـة، بفعل الإنسان أو وقـائع طبيعيـة، إلا أن الوقـائع أيـاً مـا كانـت لا تـؤدي بذاتها إلى إنشاء أو انقضاء المراكز القانونية ، فهذه المراكز القانونية ــ كما يدل عليها اسمها ــ مراكز يحددها القانون وتتوافق الوقائع المنشئة أو المنهية لها مع أحكامه، بمعني أن التشريع يتخير بعض الوقائع ويعطيها بشروط معينة القدرة على إنشاء مركز قانوني يحدده ويرتب آثاره وقد تتغير أحكام القانون في هذا الشأن فتصبح بعض الوقائع مؤدية إلى إنشاء أو انقضاء المراكز القانونية بعد أن لم تكن قادرة على ذلك أو العكس فتصبح هذه الوقائع غير مؤدية إلى إنشاء المراكز القانونية أو انقضائها بعد أن كانت قادرة على ذلك[1].

وعلى ذلك. وفي ضوء ما تقدم ، ولما كان القضاة الذين بلغوا سن الستين قبل أول أكتوبر سنة ١٩٩٣ ــ تاريخ العمل بالقرار بقانون ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ ــ في مركز قانوني ــ فيما يتعلق بإحالتهم إلى التقاعد ــ نشأ وتكون وترتب آثاره في ظل قاعدة قانونية سابقة تتمثل في المادة ٦٩ من القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ قبل تعديلها بالقرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ ، وتلك القاعدة السابقة هي التي تبنت الواقعة الطبيعية المنشئة لهذا المركز القانوني وهي واقعة بلوغهم سن الستين وتركهم الخدمة بمرفق القضاء ــ ولا شك أنها واقعة طبيعية لحظية ــ حيث أقامت عليها بنيان هذا المركز القانوني ورتبت آثاره تبعاً لذلك، أما اعتبارا من أول أكتوبر ١٩٩٣، وهو تاريخ نفاذ القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ ، فقد بدأ العمل بقواعد قانونية جديدة هي تلك التي وردت بهذا القرار بقانون، ولم تمس هذا القواعد بالمراكز القانونية التي نشأت واستقرت في ظل القاعدة السابقة، وإنما وضعت هذه القواعد نظاماً قانونياً جديداً لتكون مراكز قانونية معينة بعناصر محددة قوامها وجوهرها واقعة طبيعة ــ لحظية أيضاً ــ هي عدم ترك القاضي للخدمة بعد بلوغه سن الستين في أول أكتوبر سنة ١٩٩٣، وهو تاريخ العمل بها، ورتب المشرع على هذا المركز القانوني آثاراً قانونية أهمها بقاء القاضي الذي يحتل هذا المركز القانوني في الخدمة

---

(١) التقرير السابق، ص ٢٧.

حتى سن الرابعة والستين[1]. ويتضح من ذلك بجلاء اختلاف المركز القانوني لمن بلغ من القضاة سن الستين قبل أول أكتوبر سنة ١٩٩٣، عن المركز القانوني لمن يبلغ منهم هذا السن في هذا التاريخ، وذلك لاختلاف الواقعة المؤدية إلى أي من المركزين القانونيين عن الأخرى، واختلاف القواعد القانونية التي قامت كلاً منهما أبتناء على هذه الوقائع المختلفة مراكز قانونية غير متكافئة تبعاً لذلك، إذا أن القاضي الذي بلغ سن الستين قبل ١٩٩٣/١٠/١ قد ترك الخدمة في مرفق القضاء في حين أن من لم يبلغ من القضاء سن الستين قبل هذا التاريخ لازال في الخدمة لصيقة به صفة القاضي، حتى وإن بلغ هذا السن في الفترة من أول أكتوبر حتى السابع منه عام ١٩٩٣، وبالتالي فلا يستوي المركز القانوني لكليهما، ذلك أنه وإن اتحد من بلغ سن الستين في الفترة من ١٩٩٣/١٠/١ حتى ١٩٩٣/١٠/٧ مع من بلغ هذا السن قبل ١٩٩٣/١٠/١ من ناحية بلوغهما هذا السن قبل إصدار القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ إلا أنهما يختلفان في جانب على قدر كبير من الاعتبار، وهو أن الأول لازال في الخدمة قانوناً وبالتالي فما زالت عنه ولاية القضاء، بينما خرج الآخر من خدمة العدالة وانسلخت عنه ولاية القضاء، ومتى اختلف المراكز القانوني للأول عنه بالنسبة للآخر - خاصة في هذا الجانب الجوهري - فلا مجال لإعمال مبدأ المساواة الذي يفترض تماثل المراكز القانونية بالنسبة للمسألة محل التنظيم التشريعي وفقاً لما جري به قضاء المحكمة الدستورية العليا، ومن ثم فلا صحة للقول بأن كل من بلغ سن الستين من القضاة قبل السابع من أكتوبر سنة ١٩٩٣ ولم بلغ بعد سن الرابعة والستين في مركز قانوني واحد، ذلك أن تاريخ ٧ أكتوبر سنة ١٩٩٣ وإن كان هو تاريخ صدور القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ المشار إليه إلا أن المشرع لم يجعل لهذا التاريخ ثمة أثر معتبراً قانوناً، ولم يقم أي مركز قانوني مرتبط بهذا التاريخ على أي وجه من أوجه الارتباط، وفضلاً عن ذلك فإنه متى كان المشرع، وهو الذي يقرر نشأة المراكز القانونية أو نهايتها مرتبطة بما اختاره من وقائع ترتبها، قد أقر المركز القانوني لمن بلغ

---

(١) التقرير السابق ، ص ٢٧.

سن الستين من القضاة قبل أول أكتوبر سنة ١٩٩٣ وفقاً للقاعدة الدستورية المقررة، أما بالنسبة لمن لم يبلغ منهم هذا السن قبل هذا التاريخ فقد أجري المشرع استحداثا لقاعدة قانونية جديدة تسري في شأن هؤلاء الذين لم تستقر مراكزهم القانونية بعد، حيث وضعت هذه القاعدة الجديدة نظاماً جديداً لتقاعد هؤلاء القضاة، ومن ثم فإن مركزهم القانوني بالنسبة لتلك المسألة يتحدد في ضوء هذه القاعدة الجديدة وحدها، وقد جاء التمييز بين المركز القانوني لمن بلغ الستين قبل ١٩٩٣/١٠/١ عنه بالنسبة لمن يبلغ هذا السن قبل ذلك التاريخ مستنداً إلى اختلاف الواقعة - الطبيعية - التي اتخذها المشرع عماداً لهذه المراكز القانونية، والتي ترتبط بسن القضاة، وهو الأمر الذي يتوافق مع القاعدة الدستورية التي مقتضاها سريان القاعدة القانونية الجديدة من تاريخ العمل بها على ما لم يكتمل من المراكز القانونية قبل هذا التاريخ لتتكون هذه المراكز في ظل أحكام القاعدة الجديدة وطبقاً لما تحدده من شروط ، وأن تظل المراكز القانونية التي اكتملت نشأتها قبل تاريخ العمل بالقاعدة الجديدة محكومة بالقاعدة القانونية القديمة، ولا يكون في ذلك ثمة إخلال بمبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة ٤٠ من الدستور، وإما هو التطبيق الصحيح لأحكام الدستور الأخرى، إذ يتعين تفسير النصوص الدستورية باعتبارها وحده واحدة يكمل بعضها بعضاً، وقد حسم الدستور في - المادة ١٨٨ منه - التنازع الزمني بين القواعد القانونية المتعاقبة، وحدد لكل منها المجال الزمني لتطبيقها، فإذا ترتب على ذلك تمييز ما فإنما هو - من ناحية أولي - تمييز يستند إلى أسس واعتبارات موضوعية - لا تحكمية - هي ذاتها التي يقوم عليها مبدأ عدم سريان القواعد القانونية إلا على ما يقع اعتبارا من تاريخ العمل بها "المادة ١٨٧ من الدستور"، وذلك رعاية لاستقرار المراكز القانونية التي اكتملت في ظل القواعد السابقة، وهو ما يقتضيه الصالح العام، إذ أن إنسحاب القاعدة الجديدة على الماضي يهدر الثقة الواجبة في القانون ذاته، وهو ما تأباه أحكام الدستور، وبالإضافة إلى هذه الأسس العامة التي تتحقق لدي تعاقب تطبيق القواعد القانونية، فإن التمييز في الحالة الماثلة بين من بلغ سن الستين قبل

١٩٩٣/١٠/١ ومن يبلغ هذا السن اعتبارا من هذا التاريخ إنما هو تمييز غير تحكمي، إذ فضلاً عن استناده إلى الأسس الموضوعية الخاصة والعامة التي سبق بيانها – فقد جاء محققاً للأغراض التي استهدفها المشرع، ألا وهي دعم العدالة بالحفاظ على قوائم هيكلية أو أعمدة بنيانه من قمم رجال القضاء، القائمين بالخدمة تحقيقاً للصالح العام الذي يقتضي رعاية صالح المتقاضين، وهي الغاية الأساسية للمشرع[1].

وعلى ذلك فإنه متى كان ما تقدم وكان قضاء المحكمة الدستورية العليا قد استقر على أن "الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيدها الدستور بضوابط معينة، وأن جوهر هذه السلطة التقديرية يتمثل في المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة لاختيار ما يقدر أنه أنسبها لمصلحة الجماعة وأكثرها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي تناوله بالتنظيم"[2]، وأن "الرقابة على دستورية القوانين تقف عند حد مقابلة النص المطعون فيه بنصوص الدستور الشكلية والموضوعية – لبيان أوجه مخالفتها لها أو اتفاقها معها – وأن مناطها هو التقييد بالضوابط التي فرضها الدستور على ولاية إقرار القوانين أو إصدارها، وأن هذه الرقابة على دستورية القوانين لا تمتد إلى بحث ملاءمة إصدار التشريع أو الباعث عليه، إذ أن الدستور لم يخول المحكمة الدستورية العليا عين الولاية التي يباشرها المجلس النيابي في مجال التقدير والتقرير، بل قصر مهمتها على الفصل في مطابقة النصوص التشريعية المطعون فيها للدستور"[3]، فإن اختيار المشرع لتوقيت إصدار التشريع أو العمل بأحكامه إنما هو من الملائمات المتروكة

---

(١) التقرير السابق، ص ٣٠.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٦٣ لسنة ١٣ ق دستورية، جلسة ١٩٩٣/٣/٢٠، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الخامس، المجلد الثاني، من ١٩٩٢/٦/١ حتى ١٩٩٣/٦/٣٠، ص ٢٢٦.

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٣١ لسنة ٥ ق دستورية، جلسة ١٩٨٧/٥/١٦، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الرابع، الأحكام التي أصدرتها المحكمة من يناير ١٩٨٧ حتى آخر يونية ١٩٩١، ص ٣١.

لتقديره في ضوء ما يراه محققاً للصالح العام، ولا تتناولها الرقابة الدستورية ، ومتى كان ذلك فإن تحديد المشرع في القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ أول أكتوبر من عام ١٩٩٣ تاريخاً للعمل بأحكامه – وبغض النظر عن الاعتبارات التي اقتضت ذلك والتي أشارت إليها المذكرة الإيضاحية لهذا القرار بقانون – إنما هو من الملائمات التي تدخل في نطقا سلطته التقديرية ، والتي لا تمتد إليها الرقابة الدستورية التي تتولاها المحكمة الدستورية العليا، وبالتالي فإن ما نعاه المدعي من أن الوقوف بالأثر الرجعي لهذا التشريع عند أول أكتوبر سنة ١٩٩٣ يجافي طبيعة هذا التعديل ولا يحقق الغاية منه، ليس إلا جدلاً حول النطاق الزمني الذي اختاره المشرع لتطبيق التشريع المشار إليه، وهو نطاق يستقل المشرع بتقديره طبقاً لأحكام الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا، ومتى كان ما تقدم وكان النص المطعون فيه فيما قضي به من العمل بالتعديل التشريعي الوارد بالقانون بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ اعتبارا من أول أكتوبر سنة ١٩٩٣ قد جاء عاماً لا يقيم في مجال تطبيقه تمييزاً تحكمياً بين المخاطبين به – على نحو ما سبق تفصيله – فإنه لا يكون قد أنطوى على مخالفة لنص المادة ٤٠ من الدستور(١).

وأما بصدد ما ذهب إليه المدعي من أن القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ ينطوي على انحراف في استعمال السلطة التشريعية ، فقد ذهب تقرير هيئة المفوضين إلى أنه لما كان قضاء المحكمة الدستورية العليا قد استقر على أن "عموم القاعدة القانونية لا يعني انصرافها إلى جميع الموجودين على إقليم الدولة، أو انبساطها على كل ما يصدر عنهم من أعمال ، وإنما تتوافر للقاعدة القانونية مقوماتها بانتفاء التخصيص ويتحقق ذلك إذا أسسها المشرع مجردة من الاعتداد بشخص معين أو بواقعة بذاتها معينة تحديداً"(٢) ، ومن حيث أنه متى كان النص المطعون فيه فيما قرره من أنه "ويعمل به اعتبارا من أول أكتوبر

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٦٣ لسنة ١٣ ق دستورية، سابق الإشارة إليه.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٦٣٢ لسنة ١٣ ق دستورية،

سنة ١٩٩٣" قد جاء محدداً النطاق الزمني لسريان القواعد القانونية التي وردت بالقرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ ومجال تطبيقها ، وقد أتي المشرع بهذا التحديد في صورة عامة مجردة إذ لا تصلح بوقائع محددة بعينها، ولا تتعلق بأشخاص محددين بذاتهم، وإنما جاءت لتنطبق على وقائع مجردة، ولتنسحب لدي سريانها على أشخاص محددين بأوصافهم، ولا يغير من ذلك ما أبداه المدعي من أن هذا النص المطعون فيه لم ينطبق إلا على شخص واحد استفاد من حكمه، وهو السيد المستشار/ فتحي إبراهيم قرمة، حيث إن ما ذهب إيه المدعى ، من ناحية أولي، غير صحيح، إذ أن القاعدة التي وردت بالنص المطعون فيه لم يكن نطاق تطبيقها قاصراً على الخاضعين لأحكام القرار بقانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية – رجال القضاء العادي والنيابة العامة – وحدهم، وإنما امتد نطاق تطبيق هذا النص إلى الخاضعين لكل من القانون رقم ١٧٥ لسنة ١٩٦٣ بشأن هيئة قضايا الدولة، والقرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة، والقانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧٣ ببعض الأحكام الخاصة بأعضاء النيابة الإدارية، والقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بشأن المحكمة الدستورية العليا، وذلك وفقاً لما نصت إليه المادة الأولي من القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ ، ومن ناحية أخري، فإن عمومية القاعدة القانونية لا تعني بالضرورة أنها تنطبق على كل المواطنين، أو حتى على عدد معين لا تتدني عنه، وإنما يعني هذا المبدأ أن القاعدة القانونية لا تخاطب شخصاً باسمه أو حتى أشخاصاً – مهما كثر عددهم – بأسمائهم ، ومن ثم فإن القاعدة القانونية تظل عامة ولو كانت لا تقبل التطبيق إلا علي طائفة معينة، أو حتى على شخص واحد، طالما أن هذا الشخص لم يحدد باسمه، وإنما حدد فقط بصفته، وفي ضوء ذلك فإنه حتى بافتراض صحة ما أبداه المدعي في هذا الخصوص، فإن ذلك لا يخل بعمومية القاعدة القانونية المطعون فيهَا، طالما لم يرد بها تحديداً لا أشخاص المخاطبين بها بأسمائهم، ومن ثم يكون هذا النعي في غير محله، وانتهي التقرير إلى أنه ومن حيث إن النص المطعون فيه لا ينطوي على ثمة مخالفة لأي من أحكام الدستور الأخرى، فإن الدعوى الماثلة تكون

مفتقدة الأساس الصحيح الذي يقيمها مما يتعين معه الحكم برفضها[1].

موقف المحكمة الدستورية العليا:-

ذهبت المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في ٢ سبتمبر ١٩٩٥ إلى ما يلي:-

"وحيث إن الدستور بعد أن نص في المادة ١٦٥ على أن السلطة القضائية مستقلة تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، قرنها بالمادة ١٦٧ التي تفوض المشرع في تحديد الشروط التي يعين أو ينقل على ضوئها من يباشرون الوظيفة القضائية، ويتولون شئونها، وكان من المقرر أن كل ما يتصل بشروط خدمته، بما في ذلك مرتباتهم ومعاشاتهم وسن تقاعدهم، وعدم قابليتهم للعزل، ضمانة أساسية لا يستقيم بدونها، ويكفلها الدستور أو القانون أو كلاهما. متى كان ذلك، وكان قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أن القرارات بقوانين التي تصدر عن رئيس الجمهورية – إعمالاً لسلطاته الدستورية المنصوص عليها في المادتين ١٠٨، ١٤٧ من الدستور – لها بصريح لفظها قوة القانون، وأنها بذلك يجوز أن تتناول بالتنظيم كل المسائل التي عهد الدستور إلى المشرع بتنظيمها بقانون، فإن القواعد التي عدل بها القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ سن التقاعد للقضاة – ومن في حكمهم – بزيادتها إلى أربعة وستين عاماً لا تنال من استقلال السلطة القضائية ولا تمثل تدخلاً في شئونها، بالقدر ، في الحدود التي تقوم فيها هذه القواعد على أسس موضوعية لها معينها. وحيث أن البين من المذكرة الإيضاحية لمشروع القرار بقانون أن الإهدار المتزايد للثروة القضائية العريضة – وبوجه خاص في خبراتها الأعلى وزناً – وقدرا كان يتفاقم يوماً بعد يوم مما حتم اتخاذ إجراء عاجل في شأنها، يكفل عدم استنزالها، ويضمن اتصال حلقاتها تأميناً للعدل بين الناس، وصوناً لمصلحة قومية حيوية تكفل استقرار المراكز القانونية لمن يكون

---

(١) التقرير السابق، ص ٣٣.

من القضاة – ومن في حكمهم – متولياً في تاريخ العمل بهذا القرار بقانون – وبالتطبيق لأحكامه – مسئولية الوظيفة القضائية ، ليكون بقاؤهم في مناصبهم، واتصال ارتباطهم بأعبائها ، منعطفاً رئيسياً لإنفاذ عدالة واعية ومقتدرة ، ينهضون برسالتها، ويتحملون بأدق تبعاتها، لا تستقيم شئونها بغير تنظيمها والانطلاق بها إلى مداها، بدءاً من أول العام القضائي، وبما لا يؤثر على هذا التنظيم سلباً، إذا ظل متراخياً إلى ما بعد ذلك. وحيث أن الدساتير المصرية جميعاً بدءاً من دستور سنة ١٩٢٣ ، وانتهاء بالدستور القائم، ترد المواطنين جميعاً إلى قاعدة واحدة، حاصلها مساواتهم أمام القانون باعتبارها قواماً للعدل، وجوهر الحرية والسلام الاجتماعي، وعلى تقدير أن الأغراض التي تستهدفها تتمثل أصلاً في صون حقوق المواطنين وحرياتهم في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقييد ممارستها. وغدا أمر هذه المساواة – في أساس بنيانها – وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر تطبيقها على الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور، بل يمتد مجال إعمالها كذلك إلى تلك التي كفلها المشرع للمواطنين – في حدود سلطته التقديرية – وعلى ضوء ما يكون قد ارتآه كافلاً للصالح العام. ولئن نص الدستور – في المادة ٤٠ – على حظر التمييز بين المواطنين في أحوال بعينها، هي تلك التي يقوم التمييز فيها على أساس من الأصل أو الجنس أو اللغة أو الدين أو العقيدة، إلا أن إيراد الدستور لصور بذاتها يكون التمييز فيها محظوراً مرده، أنها الأكثر شيوعاً، من الناحية العملية، ولا يدل البتة على انحصاره فيها ، وإلا جاز التمييز بين المواطنين على أساس من ثرواتهم أو مولدهم أو مراكزهم الاجتماعية أو انتماءاتهم الطبقية أو ميولهم أو آرائهم أو عصبيتهم أو نزاعاتهم، وهو ما لا يتصور أن يكون الدستور قد قصد إليه، ذلك أن صور التمييز جميعها – التي تفتقر إلى أسسها الموضوعية – تناقض المساواة التي كفلها، وتنقض بنيانها، أو تنال من محتواها.

وحيث أن الأصل في كل تنظيم تشريعي أن يكون منطوياً على تقسيم أو تمييز من خلال الأعباء التي يلقيها على البعض أو المزايا أو الحقوق التي كفلها

لفئة دون غيرها، إلا أن اتفاق هذا التنظيم مع أحكام الدستور يفترض ألا تنفصل النصوص القانونية – التي نظم بها المشرع موضوعاً محدداً – عن أهدافها – ليكون اتصال الأغراض التي توخاها بالوسائل إليها منطقياً، وليس واهناً أو واهياً، بما يخل بالأسس الموضوعية التي يقوم عليها التمييز المبرر دستورياً. وأساس ذلك أن المشرع لا ينظم موضوعاً معيناً تنظيماً نظرياً، بل يتغيا بلوغ أغراض بعينها تعكس مشروعيتها إطاراً لمصلحة لها شأنها، يقوم عليها هذا التنظيم، متخذاً من القواعد القانونية التي تبناها سبلاً إليها فإذا انقطع اتصال هذه القواعد بأهدافها كان التمييز بين المواطنين في مجال تطبيقها تحكمياً ومنهياً عنه دستورياً . ولئن جاز القول بأن صور التمييز التي تناقض مساواتهم أمام القانون يتعذر حصرها، إلا أن قوامها كل تفرقة أو تقييد أو استبعاد أو تفضيل يجاوز الحدود المنطقية لتنظيم الحقوق والحريات التي كفلها الدستور، وذلك سواء بإنكار أصل وجودها، أو من خلال تقييد آثارها، بما يحول دون مباشرتها على قدم المساواة الكاملة، بين المؤهلين قانوناً للانتفاع بها.

وحيث إنه متى كان ذلك ، وكان التباين في المراكز القانونية يفترض تغايرها – ولو في بعض جوانبها – لتتنافر أجزاؤها فلا تتحدد العناصر التي تكونها، وكانت القواعد التي تضمنتها المادتان الأولي والثانية من القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ بتعديل بعض أحكام قانون السلطة القضائية لا تقيم – في مجال تطبيقها – تمييزاً فيما بين المخاطبين بها، المتكافئة مراكزهم القانونية بالنسبة إليها، وكان اختيار الأول من أكتوبر سنة ١٩٩٣ موعداً لسريانها ونفاذ آثارها مرتبطاً ببداية العام القضائي، وبمن كان آنئذ من رجال القضاء – ومن في حكمهم – قائماً بأعباء الوظيفة القضائية، متواصلاً بالتالي عطاؤهم في مجال تصريفهم لشئونها، خلافاً لهؤلاء الذين أنفصم اتصال رابطتهم بالعمل القضائي قبل هذا التاريخ، وكان هذان الاعتباران يقيمان معاً الحدود المنطقية للتنظيم المطعون فيه، فإن النص عليه بالإخلال بمبدأ المساواة أمام القانون يكون منتحلاً.

وحيث إن قضاء المحكمة الدستورية العليا مستقر كذلك على أن عموم القاعدة القانونية لا يعني انصرافها إلى من يقيمون على امتداد الإقليم بأسرهم، ولا تعلقها بأفعالهم وتصرفاتهم جميعاً أو انبساطها عليها، وإنما تتوافر للقاعدة القانونية مقوماتها، وتتكامل خصائصها بانتفاء التخصيص . ويتحقق ذلك إذا سنها المشرع مجردة على الاعتداء بشخص معين أو بواقعة بذاتها معينة تحديداً بما لا يلبسها بغيرها. إذا كان ذلك، وكان حكم المادة الثانية من القرار بقانون آنف البيان، متكاملاً مع مادته الأولي، ينسحب إلى من كان قائماً في الأول من أكتوبر سنة ١٩٩٣ بأداء العمل القضائي سواء أكان من رجال القضاء – أو من في حكمهم - فإن مجال تطبيقها – بالضرورة – يمتد إلى أشخاص غير محددين بذواتهم، ليتمخض عن قاعدة موضوعية لا تخصيص فيها، ولا يقوم بها صحيح إدعاء انحراف رئيس الجمهورية – من خلال هذا التنظيم – في استعمال سلطة التشريع. وحيث إن التنظيم المطعون عليه لا يتعارض مع أحكام الدستور من أي وجه آخر حكمت المحكمة برفض الدعوى"(١).

وبعد أن بينا موقف كل من هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا، والمحكمة الدستورية العليا من الطعن بعدم دستورية القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣، لاسيما للانحراف في استعمال السلطة التشريعية، فإننا سوف نبين رأينا من موقفهما ، وهل كان ذلك القرار بقانون ينطوي على انحراف تشريعي أم لا؟

رأينا(٢):-

لقد تناولنا تقرير هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا – في البداية – حالة الضرورة وذهب إلى اعتناق الدساتير المصرية بدءاً من دستور ١٩٢٣

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٤ لسنة ١٧ ق دستورية، جلسة ٢ سبتمبر ١٩٩٥، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء السابع، الأحكام التي أصدرتها المحكمة من أول يوليو ١٩٩٥ حتى آخر يونيو ١٩٩٦، ص ١٧٦.

(٢) د. عبدالمنعم عبد الحميد المرجع السابق ص ٦٧١.

وإنتهاءاً بالدستور الحالي، وكذلك القضاء الدستوري لهذه النظرية. وهذا مما لا شك فيه حيث حرص المشرع الدستوري على تضمين هذه الحالة في أحكام كافة الدساتير المصرية، ولكنه وضع لممارسة هذه السلطة - الاستثنائية - عدة شروط إذا توافرت كان لرئيس الجمهورية إصدار قرارات لها قوة القانون. فهل توافرت شروط ممارسة رئيس الجمهورية لهذه السلطة الاستثنائية طبقاً للمادة ١٤٧ من الدستور الحالي عند إصداره للقرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣؟

بادئ ذي بدء إن ما ذهب إليه تقرير هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا من وجود ضرورة ملحة دعت رئيس الجمهورية إلى إصدار القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ في غيبة مجلس الشعب، وأن المصلحة العامة أوجبت الإسراع في إصداره تحقيقاً لصالح المتقاضين من ناحية، وصالح جهاز القضاء المنوط به إدارة العدالة إدارة فعالة من ناحية أخري(١). هذا القول - في نظرنا - غير صحيح، وذلك لأننا إذا نظرنا إلى شروط استعمال المادة ١٤٧ من الدستور وجدنا أن أول هذه الشروط - وهو شرط توافر حالة الضرورة التي تجيز لرئيس الجمهورية إصدار قرارات لها قوة القانون - غير متوافر بصدد القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣، فأين هي الضرورة الملحة، وأين هي الأزمة التي كانت يمكن أن تحدث إذ لم يصدر ذلك القرار بقانون. فنظرية الضرورة قد وجدت - كما سبق القول - لمواجهة الحالات الشاذة في حياة الأمم(٢).

فحالة الضرورة تعني وجود خطر على الدولة يهدد كيان الأمة واستقرارها، فأين هو هذا الخطر الذي كان قائماً عند إصدار القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣، وأين هي الضرورة الملحة، وإذا كانت المذكرة الإيضاحية لهذا القرار بقانون، وكذلك تقرير هيئة المفوضين قد ذهبا إلى أن الإسراع في إصدار هذا القرار بقانون كان يهدف المحافظة على الثروة القضائية العريضة

---

(١) التقرير السابق : ص ١٤، ١٨.

(٢) أستاذنا الدكتور/ يحي الجمل: نظرية الضرورة، المرجع السابق، ص ٥.

التي يصعب تعويضها حيث إن الإهدار المتزايد لها يتفاقم يوماً بعد يوم مما شكل خطورة بالغة يتحتم سرعة مواجهتها على نحو لا يحتمل التأخير، وفي ذلك إعلاء للصالح العام وحرص عليه لا يماري فيه ولا وجه للتواني عنه[1].

هذا القول وتلك التبريرات لاستعمال رئيس الجمهورية سلطته الاستثنائية – في هذه الحالة – لا يشكل – في نظرنا – حالة ضرورة ملحة تلجئه إلى الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير في شأنها في غيبة مجلس الشعب، فالقرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ قد صدر في السابع من أكتوبر ١٩٩٣ ونص على العمل به ابتداء من الأول من أكتوبر ١٩٩٣ ، مع العلم أن مجلس الشعب كان سيدعي للانعقاد السنوي العادي قبل يوم الخميس الثاني من شهر نوفمبر ، بناء على دعوة رئيس الجمهورية، فإذا لم يدع يجتمع بحكم الدستور في اليوم المذكور "م ١٠١ من الدستور". ولقد عقد مجلس الشعب أول جلسات دورة انعقاده السنوي العادي في ١٩٩٣/١١/١٣[2]. إذا فالمدة بين صدور ذلك القرار بقانون واجتماع مجلس الشعب هي ٣٦ يوماً، فقط الذي دعي رئيس الجمهورية للإسراع في إصداره، فقد كان من الممكن تأجيل إصداره حتى ينعقد مجلس الشعب ويعرض عليه في صورة مشروع قانون، ولا يمكن الاحتجاج بأن ذلك سوف يكون بعد بداية العام القضائي، وبالتالي سوف تهدر ثروة قضائية بتقاعد القضاة الذين يلغوا سن الستين قبل صدور القانون من مجلس الشعب، وذلك لأن القضاة الذي بلغوا سن الستين في ١٩٩٣/١٠/١ – أي بداية العام القضائي – سيظلوا في الخدمة قائمين بالعمل القضائي حتى نهاية العام القضائي في ١٩٩٤/٦/٣٠ وفقاً لنص المادة ٢/٦٩ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية، وعلى ذلك فإن تأجيل صدور ذلك القرار بقانون، حتى يجتمع مجلس الشعب ويعرض عليه في صورة مشروع قانون، وبعد مناقشته في المجلس يصدره في صورة تشريع عادي بحيث يطبق على من كان قائماً بالعمل

---

(١) التقرير السابق، ص ١٢.

(٢) أنظر: مضبطة مجلس الشعب، مضبطة الجلسة الرابعة، دور الانعقاد العادي الرابع. المرجع السابق، ص ١٨.

القضائي من بداية العام القضائي في ١٩٩٣/١٠/١، لم يكن سيؤدي إلى إهدار أية ثروة قضائية، وذلك لأنه إذا صدر ذلك القانون من مجلس الشعب مثلاً في شهر نوفمبر أو ديسمبر ١٩٩٣ أو في أي شهر قبل نهاية العام القضائي في ١٩٩٤/٦/٣٠، ونص فيه على تطبيقه ابتداء من بداية العام القضائي في ١٩٩٣/١٠/١ ، فإنه بذلك سوف يطبق على من كان من رجال القضاء – أو من في حكمهم – ممن كان قائماً بالعمل القضائي في أول أكتوبر سنة ١٩٩٣، وبالتالي فإن تأجيل إصدار القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ حتى يصدر في صورة تشريع عادي لم يكن سيترتب عليه إهدار للثروة القضائية.

ونخلص من ذلك إلى أن رئيس الجمهورية قد أصدر القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ في غير حالة ضرورة ، وبالتالي يكون قد خالف الدستور، وذلك لأن ممارسة رئيس الجمهورية سلطته الاستثنائية – طبقاً للمادة ١٤٧ من الدستور – لا تعني الترخيص في تجاوز الضوابط والخروج على القيود التي تضمنتها مبادئ الدستور. وهكذا فإن الأسباب التي حدت برئيس الجمهورية لإصدار القرار بقانون المطعون فيه لا تشكل حالة ضرورة تدعوه إلى مباشرة السلطة التشريعية الاستثنائية المقررة بالمادة ١٤٧ من الدستور[1]. وعلى ذلك فإن القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ وقد صدر استنادا إلى هذه المادة، وعلى خلاف الأوضاع المقررة فيها، يكون مشوباً بمخالفة الدستور. ولا يمكن الاحتجاج – هنا – بأن إقرار مجلس الشعب لذلك القرار بقانون يطهره مما شابه من عيوب دستورية، وذلك لأن إقرار مجلس الشعب له لا يترتب عليه سوي مجرد استمرار نفاذه بوصفه الذي نشأ عليه كقرار بقانون دون تطهيره من العوار الدستوري الذي لازم صدوره.

كما أننا – في الواقع – لا نؤيد تقرير هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا، فيما ذهب إليه لتبرير استعمال رئيس الجمهورية سلطته الاستثنائية طبقاً

---

(١) السيد/ فكير الجزار : عضو مجلس الشعب – آنذاك – مضبطة مجلس الشعب، مضبطة الجلسة الرابعة، المرجع السابق، ص ١٧.

للمادة ١٤٧ من الدستور، من ربط عجيب وغريب بين صدور التشريع الأصلي للسلطة القضائية الذي صدر بموجب القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢، وبين القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣، حيث ذهب ذلك التقرير إلى أنه إذا كان التشريع الأصلي قد صدر بموجب قرار بقانون فإنه من باب أولي يكون تعديل بعض أحكام هذا التشريع بوسيلة القرار بقانون حال غياب السلطة التشريعية جائزاً متى تماثلت الظروف المحيطة بإصدار هذا وذاك لوحدة المسألة التي وجب تنظيمها أو إعادة تنظيمها على وجه لا يحتمل التأخير، بمعني أنه متى توافرت حالة الضرورة لدي الحاجة إلى إصدار التشريع الأصلي، فإنها تتوافر بذات الحاجة إلى تعديل بعض أحكام هذا التشريع(١). هذا القول لا نؤيده حيث إننا نري – هنا – أن ذلك التقرير قد اتخذ موقفاً غريباً، فلماذا هذا الربط بين وسيلة إصدار التشريع الأصلي للسلطة القضائية وبين وسيلة تعديله، فهل مادام أن التشريع الأصلي قد صدر بقرار بقانون أنه يجب – بالتالي- أن يصدر كل تعديل لهذا التشريع الأصلي بوسيلة القرار بقانون طبقاً للمادة ١٤٧ من الدستور؟ هذا ما لا يمكن التسليم به، وذلك لأن ممارسة رئيس الجمهورية لذلك الترخيص الاستثنائي يتطلب توافر عدة شروط لكي تكون هذه الممارسة صحيحة، وقد تتوافر هذه الشروط في بعض الحالات ولا تتوافر في البعض الآخر.

وفي الحالة الماثلة فإن السبب الذي حدا برئيس الجمهورية لإصدار القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ بتعديل بعض أحكام قانون السلطة القضائية وقوانين الهيئات القضائية لا يشكل بذاته بضرورة تدعو رئيس الجمهورية إلى مباشرة سلطته التشريعية الاستثنائية المقررة بالمادة ١٤٧ من الدستور، وبالتالي فإن لهذا القرار بقانون وقد صدر استنادا إلى هذه المادة، وعلى خلاف الأوضاع المقررة فيها، يكون مشوباً بمخالفة الدستور. فالمناط – إذن – هو توافر شروط ممارسة المادة ١٤٧ من الدستور، وليس مجرد الربط

---

(١) التقرير السابق، ص ١٦.

بين التشريع الأصلي الذي صدر لتنظيم هيئة ما وبين التعديل التشريعي الذي قد يطرأ على هذا التشريع الأصلي. ولذلك فإننا نري أنه لا يوجد ما يبرر الربط بين التشريع الأصلي والتعديل الذي يطرأ عليه، فليس بالضرورة أنه طالما كان التشريع الأصلي قد صدر بوسيلة القرار بقانون أن يكون التعديل الذي يطرأ عليه أيضاً – بوسيلة القرار بقانون.

أما بالنسبة لما ذهب إليه تقرير هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا من عدم مخالفة القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ لمبدأ المساواة وذلك نظراً لاختلاف المركز القانوني لطائفة القضاة الذين بلغوا سن الستين في الفترة من الأول حتى السابع من أكتوبر سنة ١٩٩٣، وطائفة القضاة الذين بلغوا سن الستين قبل أول أكتوبر سنة ١٩٩٣.(١) هذا القول صحيح ونؤيده، حيث إن كلا الطائفتين – الطائفة التي بلغت سن الستين قبل أول أكتوبر سنة ١٩٩٣، والطائفة التي بلغت سن الستين في الفترة من أول أكتوبر حتى السابع من أكتوبر ١٩٩٣ – وإن كانتا تتحدان من ناحية بلوغهما سن الستين قبل إصدار القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٣ في السابع من أكتوبر سنة ١٩٩٣، إلا أنهما يختلفان من ناحية القيام بأعباء الوظيفة القضائية، فالطائفة الأولي التي بلغت سن الستين قبل أول أكتوبر سنة ١٩٩٣، قد تركت الخدمة في مرفق القضاء، ومنهم المدعي في الدعوى الدستورية الذي صدر قرار وزير العدل رقم ٥٦٣١ لسنة ١٩٢ – في ١٩٩٢/١١/١٥ – بإحالته إلى التقاعد لبلوغه سن الستين في ١٩٩٢/١٢/١٩ مع بقائه في الخدمة حتى ١٩٩٣/٦/٣٠ وفقاً لنص المادة ٢/٦٩ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية، وبالتالي فإن هذه الطائفة قد انفصم اتصال رابطتهم بالعمل القضائي وانسلخت عنهم ولاية القضاء قبل صدور القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣، أما الطائفة الثانية، وإن كانت قد بلغت سن الستين – أيضا – قبل إصدار القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣، حيث بلغ أفرادها سن الستين في الفترة من ١٩٩٣/١٠/١ حتى

---

(١) التقرير السابق، ص ٢٧، ٢٨.

١٩٩٣/١٠/٧، إلا أنهم كانوا – مع ذلك – لا يزالون في الخدمة، وبالتالي فإنهم كانوا – آنئذ – من رجال القضاء القائمين بأعباء وظيفتهم القضائية، ولم تنسلخ عنهم ولاية القضاء، حيث إنهم – على الأقل – كانوا سيظلون في خدمة مرفق القضاء حتى نهاية العام القضائي في ١٩٩٤/٦/٣٠ وفقاً لما تقضي به المادة ٢/٦٩ من القانون رقم ٤٦ لسنة ٧٢ بشأن السلطة القضائية. ومن هنا يتضح اختلاف مركز القانوني للطائفة الأولي من القضاء الذي تركوا الخدمة وانسلخ عنهم ولاية القضاء قبل ١٩٩٣/١٠/١، عن الطائفة الثانية التي لم يبلغ أفرادها سن الستين قبل ١٩٩٣/١٠/١، وبالتالي لم يتركوا الخدمة لصيقة بهم صفة القاضي، فهم لا يزالون في الخدمة قانوناً. وعلى ذلك يتضح أن القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ لم يخالف مبدأ المساواة، وبالتالي يكون ما ذهب إليه المدعي من مخالفة ذلك القرار بقانون للمادة ٤٠ من الدستور – إذ أقام تمييزاً تحكمياً بين طائفتين من رجال القضاء – هذا القول غير صحيح وذلك لأن إعمال مبدأ المساواة يفترض تماثل المراكز القانونية في نطاق الموضوع محل التنظيم التشريعي، ولما كان المركز القانوني لكلا الطائفتين من القضاة، الطائفة التي بلغت سن الستين قبل أول أكتوبر سنة ١٩٩٣، والطائفة التي بلغت سن الستين في الفترة من ١٩٩٣/١٠/١ حتى ١٩٩٣/١٠/٧ – كما سبق القول – غير متماثل، أن يختلف المركز القانوني للطائفة الأولي عن المركز القانوني للطائفة الثانية من حيث ترك أفراد الطائفة الأولي للخدمة قبل ١٩٩٣/١٠/١، في حين لازال أفراد الطائفة الثانية في الخدمة، ومن ثم فلا صحة للقول بأن كل من بلغ سن الستين من القضاة قبل السابع من أكتوبر ١٩٩٣ ولم يبلغ بعد سن الرابعة والستين في مركز قانوني واحد. ذلك أن تاريخ السابع من أكتوبر وإن كان هو تاريخ صدور القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ إلا أن المشرع لم يجعل لهذا التاريخ أثراً معتبراً قانونا، ولم يقم أي مركز قانوني مرتبط بهذا التاريخ على أي وجه من أوجه الارتباط. ومن هنا فإن إختيار المشرع للأول من أكتوبر موعداً لسريان القواعد التي تضمنتها المادة الأولي من القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ ونفاذ آثارها مرتبطاً ببداية العام القضائي، وبمن كان

آنئذ من رجال القضاء – ومن في حكمهم – قائماً بأعباء الوظيفة القضائية، خلافاً لهؤلاء الذين انفصم اتصال رابطتهم بالعمل القضائي قبل هذا التاريخ، ولذلك فإن ما ذهب إليه المدعي من أن استبعاد الطائفة التي بلغت سن الستين قبل ١٩٩٣/١٠/١ من نطاق تطبيق القانون والوقوف بالأثر الرجعي دونهم ينطوي على مخالفة لمبدأ المساواة، هذا القول غير صحيح، وبالتالي فإن القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ لم يخالف مبدأ المساواة، ولا يتضمن تمييزاً تحكمياً بين طائفتين من رجال القضاء فيما قضي به من العمل بالتعديل التشريعي الذي ورد به اعتبارا من ١٩٩٣/١٠/١، بل إنه قد جاء عاماً لا يقيم في مجال تطبيقه تمييزاً تحكمياً بين طائفتين من رجال القضاء فيما قضي به من العمل بالتعديل التشريعي الذي ورد به اعتبارا من ١٩٩٣/١٠/١، بل إنه قد جاء عاماً لا يقيم في مجال تطبيقه تمييزاً تحكيماً بين المخاطبين به.

ويثور هنا تساؤل هام هو : هل يحق لرئيس الجمهورية عند إصداره قرار بقانون طبقاً للمادة ١٤٧ من الدستور أن يضمن هذا القرار بقانون مادة تنص على أن يكون تطبيقه بأثر رجعي؟

بادئ ذي بدء إن حل تنازع القوانين من حيث الزمان – في الأنظمة القانونية الحديثة – يقوم على أساس مبدأ عدم رجعية القوانين، فإذا ما صدرت قاعدة قانونية جديدة تنظم مركزاً قانونياً أو واقعة قانونية أو استبدال المشرع قاعدة قانونية بأخرى، فالأصل أنه ليس للقانون أثر رجعي، فالقاعدة القانونية تحد ما يجد من وقائع قانونية بعد تاريخ نفاذها والعمل بها، ولا تمتد لتنطبق على المراكز القانونية التي قامت قبل تاريخ العمل بها . ويقوم مبدأ عدم رجعية القوانين على أساس من المنطق وتوفير الثقة اللازمة لاستقرار العلاقات والمراكز القانونية واعتبارات العدالة، فالقاعدة القانونية تنظم على وجه الإلزام سلوك المخاطبين بها مما يقتضي أن تصل إلى علمهم ليتسنى لهم تنظيم علاقاتهم القانونية وفق مقتضاها قبل أن يؤخذوا قسراً بأحكامها، ومن ثم فإن المنطق يقضي بالتسليم بمبدأ عدم رجعية القوانين، كما أن المصلحة العامة

تقتضي توفير الثقة في المعاملات وتوفير الاستقرار للمراكز القانونية، إذ يترتب على المراكز القانونية حقوقاً وآثاراً تحددها القاعدة القانونية المعمول بها وقت نشوء هذه المراكز والعلاقات ، فلا يجوز لقاعدة قانونية لاحقة أن تعدل من هذه الحقوق بعد اكتسابها أو تغير من هذه المراكز بعد نشوئها وإلا اضطرب استقرار المراكز القانونية وتهدد الثقة في المعاملات[١].

ولقد تقرر مبدأ عدم الرجعية – في مصر – بنصوص عديدة ، حيث نصت عليه المادة ٢٧ من دستور ١٩٢٣، والمادة ١٨٦ من دستور ١٩٥٦، والمادة ٦٦ من دستور ١٩٥٨، والمادة ١٦٣ من دستور ١٩٦٤، كما حرص الدستور المصري الحالي على احترام الحقوق المكتسبة فهو لا يسمح أن تمس في غير ضرورة، فجعل الأصل في القوانين أنها لا تسري على الماضي حتى لا تمس الحقوق المكتسبة، واحترام الحقوق المكتسبة قاعدة تمتد في جذورها إلى أعماق القانون الطبيعي والمبادئ الأساسية للعدالة[٢]، حيث نصت المادة ١٨٧ من دستور ١٩٧١ على أنه "لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها. ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب". ومن هنا فإذا كان الأصل أنه ليس للقاعدة القانونية أثر رجعي فلا تنطبق إلا على ما وقع من تاريخ العمل بها، إلا أنه استثناءا من هذا الأصل يجوز للمشرع أن ينص في غير المواد الجنائية على تطبيق القانون بأثر رجعي، وذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب. وإذا كان يجوز للمشرع – على هذا النحو – أن ينص على تطبيق القانون بأثر رجعي، فهل يجوز لرئيس الجمهورية – أيضاً – عندما يصدر قرار بقانون، في حالة الضرورة، طبقاً للمادة ١٤٧ من الدستور أن ينص على تطبيقه بأثر رجعي؟

---

(١) تقرير هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١١٤ لسنة ٥ ق دستورية، تقرير المستشار/ عبدالرحمن نصير، أغسطس ١٩٨٤ ، ص ٣٠ : ٣١.

(٢) تقرير هيئة مفوضي المحكمة العليا في الدعوى الدستورية رقم ٨ لسنة ١ ق عليا دستورية، تقرير المستشار / عبدالحميد عثمان، ١٩٧٢/٢/١٧، ص ٣٣.

لقد ذهبت المحكمة العليا في حكمها الصادر في ٧ يونيو ١٩٧٥ إلى أن "تقرير الأثر الرجعي بنص خاص يفترض في الأغلب الأعم أن في إعماله الرخصة الاستثنائية مساساً بالحقوق والمراكز التي تمت في الماضي. فلا تثريب على المشرع في تقرير الأثر الرجعي ولو كان هذا الأثر يمس حقاً مكتسباً"[١].

هذا بالنسبة لحق المشرع – بصفة عامة – أما بصدد القرار بقانون الصادر من رئيس الجمهورية في حالة الضرورة فقد قضت المحكمة العليا بتاريخ أول أبريل سنة ١٩٧٢ – وكان أحد أوجه الطعن أن القرار بقانون ٣٠ لسنة ١٩٦٩ الصادر استنادا إلى المادة ١١٩ من دستور سنة ١٩٦٤[٢]، "والمقابلة للمادة ١٤٧ من دستور ١٩٧١"، والتي تضمنت حالة وقف جلسات مجلس الشعب التي لم تكن واردة في المادة ١١٩ من دستور ١٩٦٤"، ينطوي على حظر التقاضي استنادا إلى ما تنص عليه المادة الثانية منه من أنه لا يجوز للعاملين المطالبة بصرف بدل عمل عن الفترة السابقة على العمل بالقانون، فقد رفضت المحكمة هذا الوجه من الطعن[٣] – بأن "نص هذه المطالبة لا ينطوي على ذلك الحظر بل هو تقرير لعدم أحقية العاملين في المطالبة بصرف بدل طبيعة عمل عن الفترة السابقة على تاريخ العمل بالقانون، أي تطبيق لحكم

---

(١) حكم المحكمة العليا في الدعوى رقم ٢ لسنة ٣ ق دستورية عليا، جلسة ١٩٧٥/٦/٧. مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا، القسم الأول، الجزء الأول، الأحكام الصادرة في الفترة من إنشاء المحكمة سنة ١٩٧٠ حتى نهاية نوفمبر ١٩٧٦ ، ص ٣١٤.

(٢) كانت المادة ١١٩ من دستور ١٩٦٤ تنص على أنه "إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد مجلس الأمة أو في فترة حله ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون. ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الأمة في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً وفي أول اجتماع له في حالة الحل فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك. أما إذا عرضت ولم يقرها المجلس زال ما كان لها من قوة القانون من تاريخ الاعتراض".

(٣) تقرير هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٣٩ لسنة ٥ قضائية دستورية تقرير المستشار/ عبدالمجيد فياض، مارس ١٩٨٤، ص ١٠٥.

القانون بأثر رجعي على الماضي وهو ما تبيحه المادة ١٦٣ من دستور ١٩٦٤ التي تنص على أنه "لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ومن ذلك يجوز في غير المواد الجنائية النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الأمة"، وقد رددت هذا الحكم المادة ١٨٧ من الدستور القائم، ولما كان مجلس الأمة قد أقر هذا التشريع بالأغلبية الخاصة سالفة الذكر على ما يبين من الأوراق، فإن هذا السبب يكون أيضاً على غير أساس"(١).

وهكذا نري أن المحكمة العليا – في حكمها السابق – قد سلمت بجواز النص على الأثر الرجعي في القرار الصادر من رئيس الجمهورية – بناء على حالة الضرورة – في غيبة المجلس التشريعي استنادا إلى المادة ١١٩ من دستور ١٩٦٤ "وتقابلها المادة ١٤٧ من الدستور الحالي" طالما أقر المجلس التشريعي هذا القرار بقانون عند عرضه عليه بالأغلبية الخاصة المتطلبة لسريان القانون بأثر رجعي. كما قضت المحكمة الدستورية العليا بأن "الثابت من مضبطة الجلسة الخمسين لدور الانعقاد الأول للفصل التشريعي الثاني لمجلس الشعب المعقود مساء يوم ١٦ مايو سنة ١٩٧٧ أنه عند الاقتراح على مشروع القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٧٧ – محل الطعن – أوضح رئيس الجلسة أن أحكامه تقضي بسريانه بأثر رجعي مما يتطلب طبقاً للمادة ١٨٧ من الدستور توافر أغلبية خاصة الأمر الذي يقتضي عملاً بالمادة ٢٩٠ من اللائحة الداخلية أن يكون أخذ الرأي نداء بالاسم، وبعد ذلك نودي على الأسماء – التي أثبتت في ملحق المضبطة – ثم أعلن رئيس الجلسة أن أخذ الرأي النهائي أسفر عن الموافقة على هذا المشروع بقانون بأغلبية ٢١١ صوتاً فإذا كان عدد أعضاء مجلس الشعب في ذلك الوقت "طبقاً لما جاء بكتاب السيد أمين عام مجلس الشعب المؤرخ ٣ أكتوبر سنة ١٩٨١ والمرفق بالملف" هو ٣٦٠ عضواً، وكان قد توافر بذلك لهذا القانون – وهو تشريع في غير المواد الجنائية – ما تتطلبه المادة ١٨٧ من الدستور من موافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب على

---

(١) حكم المحكمة العليا في الدعوى رقم ١١ لسنة ١ ق عليا دستورية، سابق الإشارة إليه.

سريان أحكامه بالنسبة للماضي، فإن ما ينعاه المدعي بشأن مخالفته أحكام الدستور يكون على غير أساس[١]". كما قضت المحكمة الدستورية العليا – أيضاً – بأن "المبدأ الدستوري الذي يقضي بعدم سريان أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب أثر على ما وقع قبلها، وإن كان يستهدف أساساً احترام الحقوق المكتسبة ومراعاة الاستقرار الواجب للمعاملات، إلا أن الدساتير المصرية المعاقبة منذ دستور ١٩٢٣ حتى الدستور الحالي إذ أجازت للمشرع استثناء من هذا المبدأ أن يقرر الأثر الرجعي للقوانين – في غير المواد الجنائية – وذلك بشروط محددة، تكون قد افترضت بداهة احتمال أن يؤدي هذا الاستثناء إلى المساس بالحقوق المكتسبة وأثرت عليها ما يحقق الصالح العام للمجتمع"[٢].

ويتضح – مما سبق – أنه يجوز للمشرع أن ينص على تطبيق القانون بأثر رجعي – في غير المواد الجنائية – وبشرط موافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب جميعاً، ولما كان رئيس الجمهورية – طبقاً للمادة ١٤٧ من الدستور – يمارس سلطة التشريع كاملة – على نحو استثنائي وفي حدود رسمها الدستور – حيث يتناول بالتنظيم كل ما يتناوله القانون، فالقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية – في هذه الحالة – لها قوة القانون العادي، فهي تستطيع أن تعدل أحكام القوانين القائمة أو تلغيها أو تضيف إليها – مادام عنصر الاستعجال متوافراً – ولكن هذه القرارات بقوانين لا تستطيع أن تمس الدستور ولا أن تخرج على أحكامه[٣].

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٣٨ لسنة ٢ ق "دستورية"، جلسة ١٩٨٢/٤/٣، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، الجزء الثاني، الأحكام التي أصدرتها المحكمة من أكتوبر ١٩٨١ حتى ديسمبر ١٩٨٣، ص ٣٦.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١١٤ لسنة ٥ ق "دستورية" ، جلسة ١٩٨٥/٤/٦، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، الجزء الثالث، من يناير ١٩٨٤ حتى ديسمبر ١٩٨٦، ص ١٧٦.

(٣) أستاذنا الدكتور/ يحي الجمل: النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية، المرجع السابق، ص ١٧٢، ١٧٣.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن "المراسيم بقوانين التي تصدر طبقاً للمادة ٤١ من دستور ١٩٢٣ "والمقابلة للمادة ١٤٧ من دستور ١٩٧١" لها بصريح نصها قوة القانون، ومن ثم فإنها تتناول بالتنظيم كل ما يتناوله القانون"[١].

ويبين من هذا الحكم أن القرار بقانون الذي يصدره رئيس الجمهورية طبقاً للمادة ١٤٧ من الدستور له قوة القانون ويتناول بالتنظيم كل ما يتناوله القانون بما في ذلك المسائل التي نص الدستور على أن يكون تنظيمها بقانون أو وفقاً لأحكام القانون. وهكذا لما كان رئيس الجمهورية يمارس سلطة التشريع – استثنائيا – طبقاً للمادة ١٤٧ من الدستور ، فإنه بذلك يكون هو المشرع، في هذه الحالة، وإن كان ذلك بصفة مؤقتة وبشروط محددة، فيكون له ما يكون لمجلس الشعب – صاحب الولاية الأصلية في إصدار القوانين – من الحق في أن ينص على تطبيق ما يصدره من قرارات بقوانين بأثر رجعي – في غير المواد الجنائية – على أن يكون إقراره مجلس الشعب لهذه القرارات بقوانين بذات الأغلبية المتطلبة في القانون[٢]. وهي موافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب جميعاً.

ونخلص – مما تقدم – أن التشريع – أصلياً كان أم استثنائيا صادراً من السلطة التنفيذية بموجب المادة ١٤٧ من الدستور – يمكن أن يتضمن الأثر الرجعي لأحكامه بمراعاة القيود الواردة في المادة ١٨٧ من الدستور، وهذه القيود هي أن يكون النص على الأثر الرجعي في غير المواد الجنائية وبموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب جميعاً، وعلى ذلك فإن القرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية طبقاً للمادة ١٤٧ من الدستور الحالي، وهي بمثابة تشريع

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٥ لسنة ٨ ق "دستورية" سابق الإشارة إليه.

(٢) د. زكي محمد النجار: القانون الدستوري، المرجع السابق، ص ٤٣٥.

استثنائي، ولها قوة القانون، وتعمل في ذات مجاله، يمكن أن تتضمن الأثر الرجعي لأحكامها[١].

غير أن تقرير الأثر الرجعي وإن كان يشترط فيه أن يكون في غير المواد الجنائية وبموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب جميعا، إلا أنه يشترط فيه ، أيضاً، أن يكون تقريره للمصلحة العامة وإلا كان منطوياً على انحراف في استعمال السلطة التشريعية ، فقد يكون وراء تقرير الأثر الرجعي قصد خفي، كالسعي إلى إضرار فرد أو فئة معينة بالذات أو تحقيق مصلحة لفرد أو فئة معينة بالذات[٢].

ويصدر القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ نجد أنه قد تضمن في مادته الثانية النص على أن "ينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية، ويعمل به اعتبارا من أول أكتوبر سنة ١٩٩٣"، وبالتالي فإنه يكون قد تضمن النص على أن يكون تطبيقه بأثر رجعي، حيث إن رئيس الجمهورية كان قد أصدر في ١٩٩٣/١٠/٧، فهل راعي رئيس الجمهورية هنا الشروط التي يتطلبها الدستور لكي يكون للتشريع – العادي – أثراً رجعياً؟

في الواقع أننا إذا نظرنا إلى القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ وجدنا أن النص في مادته الثانية على تطبيقه بأثر رجعي قد جاء مطابقاً للدستور، حيث كان النص على الأثر الرجعي في غير المواد الجنائية، كما أنه قد حصل على موافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب. فقد عرض ذلك القرار بقانون على مجلس الشعب بجلسته المعقودة في ١٩٩٣/١٠/١٢، وقرر المجلس إحالته إلى لجنة الشئون الدستورية والتشريعية التي وافقت عليه بالإجماع في ١٩٩٣/١١/١٠، وبجلسة ١٩٩٣/١١/١٣ أقر مجلس الشعب هذا القرار بقانون

---

(١) عكس ذلك د. مصطفى أبو زيد فهمي: النظم السياسية والقانون الدستور، القسم الثاني، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٤٥٢.

(٢) تقرير هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٣٩ لسنة ٥ ق دستورية، سابق الإشارة إليه، ص ١٠٧.

بموافقة ٣٠٨ عضواً نداءاً بالاسم[١]، كما أن تقرير ذلك الأثر الرجعي كان للمصلحة العامة، وذلك لأن النظام القضائي بطبيعته يقتضي استقرار الوضع العام للقضاء، خلال العام القضائي الذي يبدأ من أول أكتوبر وينتهي بنهاية شهر يونيه من كل عام، وفي ذلك تحقيق لصالح المتقاضين من ناحية، وصالح جهاز القضاء المنوط به إدارة العدالة إدارة فعالة من ناحية أخري. ومن هنا فإن القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ فيما قضي به من العمل بالتعديل التشريعي الوارد فيه اعتبارا من أول أكتوبر ١٩٩٣ – إعمالاً للأثر الرجعي – قد جاء – في هذه الناحية – مطابقاً للدستور، حيث راعي القيود التي اشترطها الدستور لكي يكون للتشريع أثر رجعي، كما أن تقريره كان للمصلحة العامة. وعلى ذلك يكون ما ذهب إليه المدعي من انطواء القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ على انحراف في استعمال السلطة التشريعية، لأنه ألبس شكل القاعدة القانونية على خلاف حقيقتها، متبنيا حالة فردية بذاتها، غير صحيح، وبالتالي فإننا نؤيد ما ذهب إليه تقرير هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا – وإن كان التقرير لم يذكر عيب الانحراف التشريعي صراحة – من أن القاعدة التي وردت في القانون المطعون فيه – عندما قررت أنه يعمل به من أول أكتوبر سنة ١٩٩٣ – قد جاءت عامة مجردة لا تتصل بوقائع محددة بعينها ولا تتعلق بأشخاص محددين بالذات، وإنما جاءت لتنطبق على وقائع مجردة، ولتنسحب لدي سريانها إلى أشخاص محددين بأوصافهم[٢]. فالقاعدة الواردة في المادة الثانية من ذلك القرار بقانون لم يكن مجال تطبيقها قاصراً على رجال القضاء العادي ورجال النيابة وحدهم، وإنما يمتد مجال تطبيقها إلى من كان قائماً في الأول من أكتوبر ١٩٩٣ بأداء العمل القضائي سواء أكان من رجال القضاء العادي والنيابة العامة أو كان من أعضاء هيئة قضايا الدولة، أو أعضاء النيابة الإدارية، أو أعضاء المحكمة الدستورية العليا.

---

(١) مضبطة مجلس الشعب، مضبطة الجلسة الرابعة، المرجع السابق، ص ٣٨، ٣٩.

(٢) تقرير هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٤ لسنة ١٧ ق دستورية، سابق الإشارة إليه، ص ٣٢.

إذا فالقاعدة الواردة في المادة الثانية من القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ لم تكن قاصرة على شخص معين بالذات أو طائفة معينة من رجال القضاء، وإنما يمتد مال تطبيقها إلى أشخاص غير محددين بذواتهم من رجال القضاء، أو من في حكمهم، وعلى ذلك فالقرار بقانون المشار إليه لم يكن متبنياً حالة فردية بالذات، وبالتالي فإنه لم يكن مشوباً بالإنحراف في استعمال السلطة التشريعية.

ولكننا وإن كنا قد أيدنا تقرير هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا – في الدعوى الماثلة – فيما ذهب إليه من أن القاعدة التي وردت في المادة الثانية من القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ لم تكن تقصد أشخاصاً معينين بذواتهم، وبالتالي فإنها لم تكن تقصد – فقط – السيد المستشار/ فتحي إبراهيم قرمة[١]، وعلى ذلك لم يكن ذلك القرار بقانون مشوباً بالانحراف التشريعي، إلا أننا لا نؤيده فيما ذهب إليه أنه حتى بافتراض صحة ما ذهب إليه المدعي – أي صحة القول بوجود الانحراف التشريعي – فإن ذلك لا يخل بعمومية القاعدة القانونية المطعون فيها طالما لم يرد بها تحديد لأشخاص المخاطبين بها بأسمائهم[٢]. فهذا القول – في الواقع – غير صحيح، فكيف يستقيم القول بأنه على افتراض صحة ما أبداه المدعي من أن ذلك القرار بقانون قد صدر لشخص بعينه ، وبالتالي ينطوي على انحراف تشريعي ، مع القول بأن ذلك لا يخل بعمومية القاعدة القانونية، ففي الواقع أن ذلك الذي ذهب إليه التقرير غريب جداً، وذلك لأن معنى أن التشريع قاعدة عامة هو أنه لا يميز بين حالة فردية وحالة فردية أخري مماثلة مما يدخل في تطبيقه، بل يطبق على جميع الحالات الفردية التي صدر منظماً لها على السواء، وهو بهذا المعنى يحقق فكرة المساواة[٣]. فكيف إذاً تظل القاعدة القانونية محتفظة بعموميتها إذا كانت قد صدرت لكي تطبق على فرد معين بالذات؟ وهل تظل القاعدة القانونية محتفظة

---

(١) التقرير السابق، ص ٣٢.

(٢) التقرير السابق، ص ٣٣.

(٣) د. السنهوري : مخالفة التشريع للدستور، المرجع السابق، ص ٤٠.

بعموميتها حتى ولو كانت تقصد شخصاً معيناً بالذات، طالما لم يرد بها تحديد الأشخاص المخاطبين بأسمائهم؟

بالطبع لا، حيث إن التشريع إذا صدر في صياغة عامة مجردة ولكنه يهدف إلى معالجة حالة فردية معينة بالذات – إضراراً بها أو تحقيق مصلحة لها – فإن هذا يعيبه بعيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية[1]. حتى ولو لم يذكر هذا التشريع أسماء المخاطبين به. ومن هنا لا يمكن أن يظل التشريع متصفاً بالعمومية إذا كان قد صدر لكي يطبق على حالة فردية واحدة وميز بين هذه الحالة وبين الحالات الأخرى المتماثلة معها الداخلة في نطاق تطبيقه، لمجرد عدم تحديده لأشخاص المخاطبين به بأسمائهم.

ونخلص – مما تقدم – إلى عدم صحة ما ذهب إليه تقرير هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا، ونري أن التشريع إذا كان قد صدر لشخص معين، بمعنى أنه قد ألبس شكل القاعدة القانونية على خلاف حقيقتها، متبنياً حالة فردية بذاتها، للإضرار بها أو تحقيق مصلحة لها، فإنه بذلك يكون قد انطوي على انحراف في استعمال السلطة التشريعية، ولا يمكن أن يظل ذلك التشريع قاعدة عامة – في هذه الحالة – لمجرد أنه لم يرد به تحديداً لأشخاص المخاطبين به بأسمائهم، بل أنه يفقد تلك الصفة، العمومية ، لأنه ميز بين حالة فردية وحالة فردية أخري مماثلة مما يدخل في نطاق تطبيقه.

كما أننا – في الواقع – لا نؤيد تقرير هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا فيما ذهب إليه من أن الرقابة على دستورية القوانين تقف عند مقابلة النص المطعون فيه بنصوص الدستور الشكلية أو الموضوعية[2]، وذلك لأن معنى هذا

---

(١) أستاذنا الدكتور/ عاطف البنا: الرقابة القضائية، المرجع السابق ص ٥١.

(٢) التقرير السابق، ص ٣٠. ولقد سار هذا التقرير فيما ذهب إليه من الوقوف برقابة دستورية القوانين عند مقابلة النص المطعون فيه لنصوص الدستور على ما كانت قد ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في الدعوى رقم ١٣١ لسنة ٦ ق دستورية، سابق الإشارة إليه...

القول عدم التطرق إلى بحث أخطر العيوب التي تصيب التشريع، وهو عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية ، والذي لا يظهر بمجرد مقابلة نصوص التشريع بنصوص الدستور. فالتشريع المشوب بعيب الانحراف، هو قانون سليم من كافة جوانبه الظاهرة: فهو عمل صادر من السلطة التشريعية المختصة، وفقاً للشكل الذي يتطلبه الدستور، كما أنه يقوم على محل سليم، ولكن السلطة التشريعية قد قصدت من وراء إصداره إلى تحقيق غاية أخري غير تلك التي من أجلها قد منحها الدستور سلطة التشريع، كالإضرار بفرد أو فئة معينة بالذات أو تحقيق مصلحة لفرد أو فئة معينة بالذات، فعيب الانحراف عيب خفي لا يظهر بمجرد المقابلة بين نصوص التشريع ونصوص الدستور، بل إن إثباته يتطلب الكشف عن الأغراض والنوايا والغايات التي أضمرها المشرع وكان يقصد تحقيقها من وراء إصداره للتشريع. إذا فلو أخذنا بما ذهب إليه تقرير هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا ووقفنا بالرقابة الدستورية عند مجرد المقابلة بين نصوص التشريع ونصوص الدستور لأهدرنا الهدف من الرقابة على دستورية القوانين من صون الدستور وتأكيد احترامه وحمايته من الخروج على أحكامه – سواء كان هذا الخروج صريحاً أو ضمنياً – حماية لحقوق الأفراد وحرياتهم، ولفتحنا الباب على مصراعيه للمشرع لإصدار ما يشاء من التشريعات المنطوية على انحراف في استعمال السلطة التشريعية الذي لا يتم الكشف عنه بمجرد المقابلة بين نصوص التشريع ونصوص الدستور. وهذا ما

وفي الواقع أن النقد الذي نوجهه لذلك التقرير يوجه أيضاً للمحكمة الدستورية العليا في حكمها المشار إليه. حيث إن هذا الذي ذهب إليه تقرير هيئة مفوضي المحكمة الدستورية – هنا – يعد ردة عما ذهبت إليه التقارير السابقة – التي عرضناها في هذا الباب الثاني من المقسم الثاني من الرسالة – والتي كانت لا تحظر على القاضي الدستوري حقه في رقابة المشرع عند انحرافه في استعمال السلطة التشريعية، بل إن بعض هذه التقارير بعد أن انتهي من البحث فيما ذهب إليه المدعون في بعض الدعاوى الدستورية من انحراف المشرع في استعمال سلطته التشريعية، قد سلم بوجود هذا الانحراف وأن المشرع قد استعمل سلطته لتحقيق غاية أخري غير تلك التي من أجلها قد منحه الدستور هذه السلطة.

لا يمكن قبوله، وعلى ذلك فإنه يجب عدم الوقوف برقابة دستورية القوانين عند مجرد المقابلة بين نصوص التشريع ونصوص الدستور بل يجب البحث في النوايا والأغراض الخفية التي قصد المشرع إلى تحقيقها، كالانتقام من فرد أو فئة معينة بالذات أو تحقيق أغراض سياسية أو حزبية ، وهذه هي رقابة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية التي تعد من قبيل رقابة المشروعية لا الملاءمة ، ورقابة القاضي للدستور للانحراف التشريعي تعد ممارسة منه لدوره الطبيعي في رقابة دستورية القوانين، وبالتالي يجب عليه عدم الوقوف عند مجرد رقابة الشكل والاختصاص والمحل ، حيث تكون سلطة المشرع مقيدة، وإنما يتعين عليه – حماية لحقوق الأفراد وحرياتهم – رقابة المشرع – أيضاً – عند استعماله لسلطته التقديرية، وذلك للكشف عما إذا كان قد استعمل هذه السلطة التقديرية لتحقيق الغاية التي من أجلها منحه الدستور هذه السلطة أم لا، أي رقابة المشرع عند انحرافه في استعمال سلطته التشريعية، وذلك منعاً لتحايله على أحكام الدستور وعدم الخروج عليها خروجاً مستتراً.

وبصدد موقف المحكمة الدستورية العليا من القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ نجد أنها قد أخذت بما جاء في تقرير هيئة المفوضين بها من حيث توافر حالة الضرورة التي دفعت رئيس الجمهورية لإصدار ذلك القرار بقانون، كما أخذت بما جاء في ذلك التقرير من حيث عدم مخالفة القرار بقانون المشار إليه لمبدأ المساواة[1]. ولكنها بصدد الطعن بانطواء ذلك القرار بقانون على انحراف تشريعي قد بحثت في ذلك الطعن ولم تتجنبه، وإن كان تقرير هيئة المفوضين قد بحث – أيضاً – في ذلك الطعن ولكنه لم يذكر لفظ الانحراف

(١) وحيث إن المحكمة الدستورية قد أخذت بما جاء في تقرير هيئة المفوضين به في الدعوى الماثلة – رقم ١٤ لسنة ١٧ ق دستورية – من حيث توافر حالة الضرورة وعدم وجود مخالفة لمبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة ٤٠ من الدستور – فإن ما سبق وذكرناه بشأن حالة الضرورة ومبدأ المساواة – بخصوص تقرير هيئة المفوضين – يصدق هنا – أيضا – بخصوص موقف المحكمة الدستورية العليا.

صراحة كما فعلت المحكمة في هذه الدعوى، فقد تصدت المحكمة لبحث ما أثاره المدعي من أن القاعدة الواردة في المادة الثانية من القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ كان المقصود بها شخص واحد فقط بعينه من رجاء القضاء، فذلك القرار بقانون – في نظر المدعى – قد ألبس شكل القاعدة القانونية على خلاف حقيقتها، متبنياً حالة فردية بذاتها ليكون منصرفاً إليها، ولا يعدو ذلك أن يكون انحرافا من رئيس الجمهورية في استعمال سلطة التشريع، ولقد انتهت المحكمة الدستورية العليا – وبحق – إلى أن "حكم المادة الثانية من ذلك القرار بقانون ينسحب إلى من كان قائماً في الأول من أكتوبر سنة ١٩٩٣ بأداء العمل القضائي سواء أكان من رجال القضاء – أو من في حكمهم – وبالتالي فإن مجال تطبيقها يمتد بالضرورة إلى أشخاص غير محددين بذواتهم ، ليتمخض عن قاعدة موضوعية لا تخصيص فيها، ولا يقوم بها إدعاء انحراف رئيس الجمهورية – من خلال هذا التنظيم – في استعمال سلطة التشريع"(١).

وهكذا نري أن المحكمة الدستورية العليا لم تتجاهل ما آثاره المدعى من انحراف رئيس الجمهورية في استعمال سلطة التشريع، بل إنها بحثت فيما آثاره المدعى – هنا – ولقد توصلت – بحق – من خلال ذلك البحث إلى أن رئيس الجمهورية لم ينحرف في استعمال سلطته في التشريع.

ولكن إذا كان القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ غير مشوب الانحراف التشريعي، إلا أنه – من وجهة نظرنا – وكما سبق القول مخالف للدستور – من وجه آخر – حيث إنه لم تكن هناك حالة ضرورة تدعو رئيس الجمهورية إلى مباشرة سلطته الاستثنائية المقررة بالمادة ١٤٧ من الدستور، وبالتالي فإن ذلك القرار بقانون وقد صدر استنادا إلى هذه المادة، وعلى خلاف الأوضاع المقررة فيها، يكون مشوباً بمخالفة الدستور(٢).

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٤ لسنة ١٧ ق "دستورية" ، سابق الإشارة إليه.

(٢) د. عبدالمنعم عبدالحميد المرجع السابق ص ٧٠٥.

وما جاء برأي الباحث هو قول سليم تماماً وتحليله لهذا الأمر هو تحليل منطقي وقانوني صحيح غير أننا سنري فيما بعد أن قيام المشرع بمد سن أعضاء الهيئات القضائية علي دفعات وبصورة إنتقائية يصم مسلكه بالإنحراف فقد مد السن إلى ٦٤ يمكن تصور أن هذا المد كان للصالح العام كما ذهب القانون وأكدته المحكمة الدستورية ولكن أن يتم المد بعد ذلك لمدة سنتين فسنتين في فترات متباعدة فإن ذلك يوضح مدي مسلك المشرع في التأثير على شيوخ الهيئات القضائية وهو ما أدي في إنتهائه إلى نشوب إزمة عنيفية بين مجلس القضاء الأعلى ونادي القضاه على النحو الذي سنوضحه فيما بعد.

مبحث خاص

رأي المستشار الدكتور عوض المر حول الانحراف التشريعي

لا ترجع أهمية عرض رأي المستشار الدكتور/ عوض المر[١] حول الانحراف التشريعي وإساءة استعمال السلطة التشريعية إلى أن يمثل رأي أحد كبار رؤساء المحكمة الدستورية العليا وإنما يرجع إلى أن للفقيه العظيم بصمات واضحة على قدر كبير من الأهمية على الأحكام الصادرة في عهده في خصوص منهج المحكمة الدستورية العليا في الرقابة على أعمال السلطة التشريعية كما أن للمحكمة الدستورية في عهده أقرت عديداً من الأسس والمبادئ التي تقوم على حماية الحقوق والحريات واعتراف الفقيه العظيم بعيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية هو حد فاصل بين اعتبار هذا العيب عيب نظرى محض ويبين إمكانية وجوده من الناحية العملية وذهب الفقيه العظيم إلى:-

المفهوم العام لسوء استعمال السلطة

لا يتوخى المشرع بتنظيمه للحقوق على اختلافها - كالحق في الحياة، وفي الحرية الشخصية وفي حرية التعبير - أن يكون هذا التنظيم دائراً في فراغ. وإنما الأغراض المحددة التي يستهدفها ويعمل على تحقيقها، هي التي تحدد مقصده من هذا التنظيم، ومضمون النصوص القانونية التي يحتويها، وحقيقة المسائل التي يتناولها. ومن ثم تدل هذه الأغراض على وجهة المشرع فيما أقره من النصوص القانونية، فلا يكون حقيقة ثوبها بعيداً عن مقاصده منها.

ويفترض بالتالي في كل قاعدة قانونية، تغييها لأغراض تستهدفها. ذلك

---

(١) الدكتور عوض المر رأس المحكمة الدستورية العليا قرابة سبع سنوات أرسى فيها عديد من المبادئ التي في جملتها تعد منحازة للحقوق والحريات وبالطبع قد يكون هناك اختلاف مع بعض الاحكام التي صدرت عن المحكمة إلا أنه في الجملة يعد مناصراً كبيراً للحقوق والحريات وما ورد بالمتن هو رأيه المنشور في مؤلفه الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية ص ١٣٨٠ وما بعدها.

أن هذه الأغراض هي دوافعها التي تحركها وتوجهها وجهة بذاتها يكون قصد المشرع منصرفاً إليها، كحرمان الأشخاص الذين ينحدرون من عرق معين – وبقصد وصمهم بما يحقرهم – من مباشرة حرفة بذاتها ، أو من امتهان بعض الأعمال، أو من الانتفاع ببعض المرافق، أو من دخول بعض أماكن الانتجاع، ودور اللهو، وحدائق الحيوان، ووسائل النقل العام. ذلك أن المشرع أقر هذا الحرمان من خلال قاعدة قانونية وجهها العرق، ليكون هذا العامل محركاً للقاعدة القانونية، ومحدداً لمضمونها ونطاق تطبيقها، خاصة إذا كان هذا العامل مجرد تعبير عن سياسة تشريعية منهجية تتسم بالحزم في تنفيذها، والغلو في اقتضائها من المخاطبين بها.

وكلما أضمر المشرع هدفاً غير مشروع فيما أقره من القواعد القانونية، تعين القول بمجاوزتها حدود استعمال السلطة ، ولو كان المشرع يعمل في نطاق السلطة التقديرية التي يملكها في موضوع تنظيم الحقوق. ذلك أن هذه السلطة حدها قواعد الدستور(١).

ومن ثم تكون المصلحة العامة قيداً غائياً على السلطة التقديرية للمشرع. وهو قيد مؤداه ألا ينحاز المشرع لغرض غير مشروع.

ويتعين بالتالي ألا يتغيا القانون غير الأغراض التي يأذن الدستور بها أو التي لا يعارضها. فإذا حوم القانون حول غرض غير مشروع، وكان لهذا الغرض دور في توجيهه الوجهة التي صار عليها، ولم لم يكن هذا الدور جوهرياً، ولا عنصراً وحيداً في تشكيل أحكامه، تعين وصمها بإساءة استعمال السلطة بالنظر إلى الأغراض المخالفة للدستور التي خالطتها، والتي كان عليها ألا تقربها، ولا أن تدخلها في اعتبارها.

---

(١) لا توجد سلطة تقديرية مطلقة في مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين. ذلك أنه حتى ولو لم يقيد الدستور المشرع بضوابط معينة ألزمه بالخضوع لها فيما يقره أو يصدره من النصوص القانونية، فإن على المشرع – في مجال تنظيمه للحقوق – أن يختار أقل القيود عليها وأكثرها ملاءمة لتحقيق الأغراض التي يبتغيها

وتعبر المحكمة الدستورية العليا عن ذلك بقولها بأن نصوص الدستور متآلفة فيما بينها لا تتماحى أو تتآكل ، بل تتجانس في معانيها وتتضافر في توجيهاتها. ولا وجه بالتالي لقالة إلغاء بعضها البعض بقدر تصادمها. ذلك أن إنفاذ الوثيقة الدستورية وفرض أحكامها على المخاطبين بها، يفترض العمل بها في مجموعها. وشروط ذلك اتساقها وترابطها، والنظر إليها باعتبار أن لكل نص منها مضموناً ذاتياً لا ينعزل به عن غيره من النصوص أو ينافيها أو يسقطها، بل يقوم إلى جوارها مقيداً بالأغراض النهائية والمقاصد الكلية التي تجمعها[1].

بما مؤداه أن ثمة أغراض نهائية ومقاصد كلية تصل نصوص الدستور بعضها ببعض وتربط بينها، ويتعين أن تفسر هذه النصوص على ضوئها، وأن يتقيد المشرع بها. وعلى الجهة القضائية أن تبذل كل جهد من أجل كشفها حتى تقيس عليها القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية، لتبطلها إذا بان لها أنها أقرتها انحرافا منها عن الحدود التي فرضها الدستور على وظائفها.

الأغراض التي يستهدفها المشرع من النصوص القانونية

يتعين التمييز بين سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، وهو ما يعتبر عيباً قصدياً في تشريعاتها يتصل بالأغراض التي توختها من وراء تبنيها لها؛ وبين خطئها في تقدير واقعة أو سوء فهمها لأوضاع قام القانون عليها، أو قصد إلى تنظيمها.

ذلك أن خطأها في التقدير، وسواء كان بيناً أو محدوداً، هو خطأ في تقييم مداخل العملية التشريعية ذاتها. وهو بالتالي غير مقصود.

---

(١) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ - قاعدة رقم ١٥/٣/ - ص ١٤٣ من الجزء السادس من أحكام المجموعة.

ولا كذلك إساءة استعمال السلطة، إذ هو الخروج قصداً عن ضوابط المصلحة العامة في العملية التشريعية، وتحريفاً لها من خلال أغراض مخالفة للدستور تخالطها.

وهي أغراض يتعين تجنبها بالنظر إلى أن صون الدستور وتقرير الحماية الكاملة لأحكامه، لا يتحقق بغير التقيد بالأغراض التي تربط قواعده ببعضها، وتضمنها إلى بعض في إطار وحدة عضوية تجمعها.

ومن غير المتصور أن تكون السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، منفلتة ضوابطها، ومتحررة من كوابحها. ذلك أن حدها قواعد الدستور التي تقيد من إطلاقها وتعتبر تخوما لها تحد من حركتها.

وهذه القيود التي يفرضها الدستور على السلطة التشريعية في مجال التقدير، مردها من ناحية أن من المفترض في كل قانون أن يكون منطوياً على تقسيم من ناحية الأعباء التي يلقيها على البعض أو المزايا التي يمنحها لفريق دون آخر. وشرط موافقة هذا القانون للدستور – ولو أقر في نطاق سلطة التقدير التي يملكها المشرع – ألا تنفصل النصوص القانونية المنطوية على هذا التقسيم، عن أهدافها، ليكون اتصال الأغراض التي تتوخاها، بالوسائل إليها، منطقياً وليس واهياً.

ومن ثم تكون هذه النصوص وسائل منطقية لتحقيق هذه الأغراض. فإذا انفصم اتصالها بها، وجب إبطالها.

ويفترض دوماً في الأغراض التي يتغياها المشرع، أن توافق مقاصد الدستور، وإلا سقط ما كان غير مشروع منها.

<u>التمييز بين مقاصد تشريعية لا تناقض الدستور ومقاصد تشريعية تخالفه</u>

ويتعين كذلك التمييز بين نوعين من الأغراض التي يستهدفها المشرع،

ويبلور على ضوئها النصوص القانونية التي أقرها.

أولاً:- أغراض تشريعية لا تناقض الدستور. وهذه لا يجوز للجهة القضائية أن تتدخل فيها، ولا أن تناقشها باعتبارها واقعة في نطاق سلطة التقدير التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، وهي سلطة لا يجوز معها للجهة القضائية أن تزن بمقاييسها الخاصة، السياسة التي انتهجها المشرع في موضوع معين؛ ولا أن تخوض في ملاءماتها؛ ولا أن تنتحل للقواعد القانونية التي أقرها غير حقيقة أهدافها، ولا أن تحل خياراتها محل انتقاء السلطة التشريعية لوسائلها في تنظيم هذا الموضوع.

ذلك أن السلطة التشريعية يكفيها – وفيما خلا القيود التي يفرضها الدستور عليها – أن تباشر اختصاصاتها التشريعية مستلهمة في ذلك كافة الأغراض التي يقتضيها الصالح العام في شأن الموضوع محل التنظيم، وأن تكون وسائلها لتحقيق الأغراض التي حددتها، وسائل منطقية تصلها بها(١).

ومرد ذلك أن التقدير في نطاق السلطة التشريعية ، مؤداه مفاضلتها بين بدائل مختلفة وأغراض متعددة. وحسبها في اختيار هذه الوسائل أن تكون غير مخالفة للدستور؛ وفي الموازنة بين الأغراض المختلفة، أن تلتئم جميعها وأغراض يقرها الدستور. ولا يجوز للجهة القضائية بالتالي أن تخوض فيما هو مشروع من الوسائل أو الأغراض.

ولا كذلك مقاصد المشرع المخالفة لأغراض الدستور أو غاياته النهائية. إذ هي أغراض محظورة لا يجوز أن يستهدفها، وإلا كان القانون مشوباً بإساءة استعمال السلطة.

فضمان حق المواطنين في المعاش لا شبهة فيه باعتباره من صور

---

(١) القضية رقم ٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" – جلسة ٤ فبراير ١٩٩٥ – القاعدة رقم ٣/٣٦ -. ص ٥٢٩ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

التكافل الاجتماعي. والنصوص القانونية التي يقرها المشرع لتحقيق هذا التكافل، لا منافاة فيها للدستور بقدر ارتباطها عقلاً بإيفاء هذا الغرض. ولا كذلك النصوص القانونية التي يتدخل بها المشرع لحماية الدولة من الناقدين لها، وكأنها فوق القانون[1]. ذلك أن حماية الدولة على هذا النحو، امتهان للقانون، وهو كذلك غرض غير مشروع لا يجوز أن يظلها ليضفي حصانة على أعمالها.

وهو ما تؤكده المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن "من غير المحتمل أن يكون انتقاد الأوضاع المتصلة بالعمل العام، تبصيراً بنواحي التقصير فيه، مؤدياً إلى الإضرار بأية مصلحة مشروعة، وأن من غير الجائز أن يكون القانون أداة تعوق حرية التعبير عن مظاهر الإخلال بأمانة الوظيفة العامة أو مواطن الخلل في أداء واجباتها، وأن النظر في أعمال القائمين بالعمل العام، وتقويم اعوجاجهم يعتبر واجباً قومياً كلما نكل هؤلاء عن حقيقة واجباتهم إهمالاً أو انحرافا.

ذلك أن ما يميز الوثيقة الدستورية، ويحدد ملامحها الرئيسية، هو أن الحكومة خاضعة لمواطنيها ولا يفرضها إلا الناخبون.

وترتبط مراقبة تصرفاتها، بالحقوق التي ترتكز في أساسها على المفهوم الديمقراطي لنظام الحكم. ويندرج تحتها محاسبة الحكومة ومساءلتها على أخطائها، وإلزامها مراعاة الحدود والخضوع للضوابط التي فرضها الدستور عليها. وعلى الأخص لأن انتقاد القائمين بالعمل العام مشمول بحماية الدستور، تغليباً لحقيقة أن الشئون العامة وقواعد تنظيمها وطريقة إدارتها ، ووسائل النهوض بها، أمر وثيق الصلة بالمصالح المباشرة للجماعة، ويؤثر بالضرورة في تقدمها، وقد ينتكس بأهدافها متراجعاً بطموحاتها إلى الوراء[2]".

---

(١) أنظر في ذلك المادة ٨٢/ ٥ من قانون العقوبات التي تفرض عقوبة جنائية ثقيلة على من يذيعون في الخارج عن عمد أخبار كاذبة تمس هيبة الدولة واعتبارها.

(٢) القضية رقم ٤٢ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥ - القاعدة رقم ٣/١/٤٥ - ص ٧٤١ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام النقض.

وكما يتقيد التقدير في عمل السلطة التشريعية بنوع الأغراض التي يتوخاها ، فإن هذا التقدير يتقيد كذلك بحقيقة أن المشرع حين يوازن ويفاضل بين البدائل المختلفة التي تتزاحم فيها بينها على تنظيم موضوع معين، فإنه يختار من بينها أنسبها لفحواه، وأحراها بتحقيق الأغراض التي يتوخاها، وأقلها تقييداً للحرية، وأكفلها لأكثر المصالح ثقلاً في مجال ضمانها[1].

كل ذلك بافتراض مشروعية هذه البدائل جميعها جميعها، واتصالها بالحقوق محل التنظيم، وأنها أداة ضمان هذه الحقوق وطريق الوصول إليها. ولا يجوز بالتالي تنظيم الحقوق لغير مصلحة واضحة لها اعتبارها[2].

وما تقرره المحكمة الدستورية العليا من أن التنظيم المقارن للرقابة على الشرعية الدستورية، لا يخولها أن تزن بنفسها – وبمعاييرها – ما إذا كان القانون المعروض عليها لازماً، وما إذا كان إقراره ملاءماً ، وأن واجبها ينحصر في أن ترد النصوص القانونية المطعون عليها إلى أحكام الدستور، لا أن تناقش بواعثها أو تخوض في دوافعها، ما تقرره في ذلك، يفترض أن تكون لهذه النصوص بواعثها أو دوافعها غير المخالفة للدستور.

ذلك أن نصوص الدستور – في غاياتها – تعتبر قيداً على السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق – بما مؤداه أن الدستور وإن خول المشرع أن يحدد للنصوص القانونية التي يقرها وجهتها النهائية، وأن يصوغ قوالبها وفق الأغراض التي يستنسبها، إلا أن شرط ذلك

---

(١) القضية الدستورية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" – جلسة ١٥ أغسطس ١٩٩٥ – والقضية رقم ١٤ لسنة ١٦ قضائية دستورية – جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ – قاعدة رقم ١٤/٤٧ – ص ٧٢٣ وما بعدها من الجزء السابع أنظر كذلك القضية رقم ٣٨ لسنة ١٦ ق "دستورية" جلسة ١٩٩٦/١١/١٦ - قاعدة رقم ١٢ /١٣، ١٤ ص ١٧٥ من الجزء الثامن، والقضية رقم ٣٤ لسنة ١٧ قضائية دستورية جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ – قاعدة ٦/١٥ ص ٢٠٢ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية دستورية – جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ – قاعدة رقم ٢٤/٢ ص ٣٦٠ س الجزء السابع.

تكون هذه الأغراض التشريعية موافقة لأغراض يكفل الدستور لها الحماية.

فإن كان يزدريها أو يناهضها، فإن خوض الجهة القضائية في حقيقة هذه الأغراض يكون واجباً. وعليها أن تبطل النصوص القانونية التي استلهمتها جزاء مخالفتها لنصوص الدستور في غاياتها، على تقدير أن عمل المشرع يعتبر انحرافا عن الحدود التي كان يتعين أن يلتزمها في مباشرة سلطته التقديرية.

وقد تتظاهر السلطة التشريعية بتقيدها بنصوص الدستور في غاياتها، ولكنها تدلس عليها من خلال نوايا مستترة تبطنها، وتصوغ تشريعاتها على ضوئها.

ومن ثم تكون تشريعاتها هذه ، محض تعبير عن تبنيها أهدافاً مخالفة للدستور. وإقرارها لها على هذا النحو ، مؤداه أن انحرافها في استعمال سلطتها التشريعية، يعتبر عيباً غائياً يرتبط بالأغراض المخالفة للدستور التي خرج القانون من رحمها.

وإذ تصوغ السلطة التشريعية تشريعاتها بما يوجهها لتحقيق أغراض مخالفة للدستور، فإنها تفعل ذلك قصداً حتى تكفل تنفيذ الأغراض الحقيقية التي تسعى إليها.

وهو ما يؤكد أن انحرافها في استعمال السلطة يعتبر كذلك عيباً قصدياً.

ذلك أنها تستر عمداً ظاهر القانون بأغراض مخالفة للدستور أبطنتها في نفسها، وكان لها أثر في توجيهه الوجهة التي صار إليها.

فالسلطة التشريعية قد تصدر بتقسيم الدوائر الانتخابية قانوناً يستند وفق هدفها المعلن لعوامل ديموغرافية أو جغرافية، ولا يتوخى في الحقيقة غير تبديد قوة أصوات خصومها وتشتيتها حتى لا تتحقق لها في بعض الدوائر أو في

أغلبها، أغلبية تكفل لها الفوز بها.

وقد تصدر السلطة التشريعية قانوناً في شأن المعاهد التعليمية، ولا يكون هدفها من هذا القانون إلا التأثير في العملية التعليمية على نحو يعطل حرية إجراء البحوث العلمية فيها.

وقد تنظم هذه السلطة الانتفاع ببعض المرافق لأغراض تنظيمية في الظاهر، كصون صحة المواطنين في مجموعهم، ولا يكون هدفها في حقيقة الأمر غير إقصاء أقلية بذاتها عن هذا الانتفاع[1].

ففي هذه الفروض ، يتخذ القانون في ظاهرها سمكاً مخالفاً لحقيقة النوايا التي أبطنتها السلطة التشريعية ووجهتها لإقراره، بما يجعل القانون بريئاً في مظهره، ملوثاً واقعاً في مقاصده التي يتعين على الجهة القضائية أن تردها على أعقابها ، وأن تبطل كل قانون اقترن بها، على تقدير مجاورة هذا القانون لحدود استعمال السلطة، سواء كان خروج المشرع على هذه الحدود ظاهراً أو مستتراً.

وحتى لو اختلط غرض مشروع بغرض غير مشروع في إقرار هذا القانون، فإن امتزاج هذين الغرضين ببعض، يجعل من المتعذر على الجهة القضائية أن تحدد مبلغ الأثر الذي كان لأيهما في تحديد مضمون القاعدة القانونية التي وجهتها – ولو في بعض جوانبها أغراض مخالفة لنصوص الدستور في غاياتها.

---

(١) قد يصدر قانون الانتفاع بحمامات السباحة في بعض المرافق. وقد يبرر المشرع هذا القانون بأغراض اقتصادية كالقول بأن فتح هذه الحممات للكافة – بما في ذلك السود – قد يمنع الأغلبية البيضاء من ولوجها، فلا يكون الانتفاع بها مجز اقتصاديا. وقد يبرر المشرع هذا القانون بأغراض تتصل بالأمن العام كالقول بأن الجمع بين البيض والسود فيها يؤدي إلى تصادمهم ببعض ويثير بالتالي قلاقل يتعين تجنبها. بيد أن الخوض في حقيقة هذه الأغراض، قد يدل على أن هذا التنظيم التشريعي لا يتوخى غير حجب الأقلية السوداء عن الانتفاع بتلك المرافق لأغراض عنصرية، بما يؤكد عندئذ انحراف السلطة التشريعية في استعمال السلطة.

ولا يجوز القول بالتالي بأن الغرض غير المشروع؛ يتعين أن يكون ماثلاً في القانون من كل جوانبه غير مستلهم سواه، ولا أن يكون أثر هذا الغرض في تكوين نصوص القانون جوهرياً أو رئيسياً . وإنما تتحقق مجاوزة السلطة من خلال احتوائها لغرض غير مشروع، ولو كان جانبياً.

نحو بناء نظرية متكاملة لسوء استعمال السلطة

وإذا انتقلنا من التعميم إلى التأصيل، وأردنا بناء نظرية متكاملة لسوء استعمال السلطة التشريعية، تعين القول بأن كل قانون يفترض احتواءه على النصوص القانونية التي قصد المشرع بإقرارها ، أن تعمل في مجال تطبيقها، ووفق شروط سريانها في حق المخاطبين بها وأن يكون لهذه النصوص مقاصد تتوخي تحقيقها و آثاراً رتبتها.

ولئن جاز القول بأن الآثار التي ترتبها القاعدة القانونية، تتصل بمضمونها، وأن آثارها هذه تتمثل في تعديلها لمراكز قانونية قائمة أو إلغائها، يتعين بالتالي فصل آثار القاعدة القانونية عن الأغراض التي قصد المشرع إلى تحقيقها من وراء إقرارها؛ إلا أن ما يحدد مضمون القاعدة القانونية، ويبلور الآثار التي ترتبها في محيط العلائق القانونية، يتمثل في أن المشرع لا يصوغ القاعدة القانونية إلا بقصد تحقيق غرض معين يكون مقصوداً منها ليتحدد على ضوئه مضمون هذه القاعدة وأثرها.

فالقاعدة القانونية التي تحظر هدم المباني التي لها قيمة تاريخية أو جمالية أو أثرية غايتها صون هذه المباني بوصفها تراثاً قومياً لا يجوز التفريط فيه، ليحدد هذا الغرض نطاق هذا الحظر، والآثار التي يرتبها.

والقاعدة القانونية التي تقضي بأن كل مقطورة يتعين أن يكون تصريفها لعادمها من أعلي نقطة فيها، لا يتحدد مضمونها وأثرها إلا على ضوء الأغراض التي تتوخاها، والتي تتمثل في أن يكون تلويث المقطورة للجو أقل وطأة.

تلك صور مختلفة من الأغراض التشريعية التي لها دور في تكوين القواعد القانونية التي تتصل بها، وفي تحديد آثارها . وبقدر اتفاقها والأغراض التي يتوخاها الدستور تتحدد دستوريتها.

والذين يقولون بأن الأغراض التي يتوخاها المشرع تدخل في إطار مسائل التقدير التي لا يجوز الخوض فيها، يتناسون أمرين:-

أولهما: أن الأغراض النهائية للدستور قيد على سلطة التقدير. والتقييد غير التقدير.

ثانيهما:- أن الأغراض المخالفة للدستور التي قد يستهدفها المشرع في قاعدة قانونية أقرها، تبطلها ولو خالطها غرض مشروع في بعض جوانبها . ذلك أن الجهة القضائية يستحيل عليها أن تحدد على وجه اليقين، مبلغ الأثر الذي كان للغرض الباطل في تكوين القاعدة القانونية، وتحديد نطاق تطبيقها، والآثار القانونية التي ترتبها.

مخاطر النظر في سوء استعمال السلطة

وما تواجهه الجهة القضائية من صعوبة في مجال التحقق من أغراض القانون، لا يجوز أن يثنيها عن الخوض فيها. ذلك أن نقطة البداية في سوء استعمال السلطة، هي أن الأغراض المخالفة للدستور لا تجوز حمايتها ، أياً كان قدر الصعوبة التي قد تواجهها الجهة القضائية في مجال إثباتها، وأياً كان نوع المخاطر التي قد تنزلق إليها في مواجهتها لهذه الأغراض وتحريها لها.

وغالباً ما تتوصل الجهة القضائية إلى حقيقة هذه الأغراض بقدر مقبول من اليقين، كأن تدل عليها مضابط السلطة التشريعية نفسها، أو الأعمال التحضيرية للقانون، أو تثبتها واقعة مجهولة تستخلصها الجهة القضائية من واقعة معلومة لا نزاع في صحتها، أو من بيان يدلي به أحد المسئولين في شأن حقيقة الأغراض التي يتوخاها القانون.

وقد يقوم مضمون القاعدة القانونية دليلاً قوياً على بواعثها المخالفة للدستور، والتي يتعين التمييز بينها وبين القواعد القانونية التي نميل إليها أو التي نمجها ونرفضها لعدم جاذبيتها.

وقد يقوم الدليل على أن المشرع ما كان ليقر النصوص القانونية المطعون عليها ، ولو لم يكن الغرض غير المشروع قد اتصل بها أو اكتنفها. كأن يقر المشرع قانوناً بقصد تقييد الهجرة التي أطلق الدستور الحق فيها، إضراراً بعرق معين.

ذلك أن هذه القوانين تخالطها أغراض مخالفة للدستور كان يتعين تجنبها. وإقرار المشرع لها على هذا النحو ، يناقض حقيقة أن كل قانون يتضمن في الأصل تقديراً منطقياً لتكلفته واتصالا معقولاً بالأغراض التي يتوخي تحقيقها، وانتفاء بدائل أقل وطأة من تلك التي اختارها في بناء القانون.

فإذا جاوز قانون الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور فيه، أو أخل بمضمون نص في الدستور، أو تمحض عن إساءة استعمال السلطة، تعين أن يكون بطلان القانون جزاء واحداً على هذه الصور المختلفة من عوار النصوص القانونية ، وأن تقدم بعضها على بعض ، كأولوية النظر في الأوضاع الشكلية التي يتعين إفراغ القانون فيها، على مخالفة القانون لمضمون نص في الدستور، وكاستقصاء المخالفة الشكلية ثم الموضوعية لنصوص الدستور، قبل الخوض في غاياتها.

وعلى الجهة القضائية أن تتحقق من براءة النصوص القانونية المطعون عليها من كافة مثالبها. وليس لها على الأخص أن تختط لنفسها سياسة قضائية تردها عن النظر في إساءة استعمال السلطة، ولو كان ذلك يجنبها الحرج في علاقتها بالسلطتين التشريعية والتنفيذية.

ذلك أن امتهان الوظيفة التشريعية والخروج على الحدود التي رسمها

الدستور لها ، يتحقق بصورة أظهر وأخطر في مجال إساءتها استعمال السلطة التي تعد عيباً قصدياً يبصره المشرع، ويعمد على ضوئه إلى تشكيل النصوص القانونية التي يقرها، ليوجهها لتحقيق غرض غير مشروع. فلا يكون هذا الغرض مجرد خلفية لهذه النصوص، وإنما هو باعثها ومحركها.

وما يقال من أن نظر الجهة القضائية في حقيقة الأغراض التي توختها النصوص القانونية، يقتضيها الخوض فيما كان بين أعضاء السلطة التشريعية من تواطؤ في إقرار قانون يناقض أغراض الدستور، وأن في ذلك تعمقاً لنواياهم التي يتعذر إثباتها؛ مردود بأن إساءة استعمال السلطة التشريعية لاختصاصها من الأمور التي قلما يتم إثباتها بالطريق المباشر؛ وأن إثباتها بطريق غير مباشر يتأتى على الأخص من تقصي السياسة التي درج المشرع على انتهاجها في موضوع معين، ويندرج تحتها تعمد إرهاق المؤجرين بأعباء يختل بها التوازن المنطقي في العلائق الإيجارية بينهم وبين المستأجرين[1]. ويرتد كذلك إلى القرائن القضائية التي تستخلص بها الجهة القضائية واقعة مجهولة من واقعة معلومة بما يجعل الواقعة المعلومة موطئاً للواقعة المجهولة بالنظر إلى ما بين الواقعتين من صلة، كأن تستنبط من الأوضاع القائمة أو السابقة على إقرار النصوص القانونية ، ما يدل على مجاوزة السلطة التشريعية حدود المصلحة العامة، وانصرافها بالتالي على تحقيق أغراض يلفظها الدستور.

---

(١) تقرر المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٤٩ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/١١/١٥ - قاعدة رقم ١٣/٦٥ - في ٩٥٦ من الجزء الثامن بأن النص المطعون فيه - بالصيغة التي أفرغ فيها - ليس إلا حلقة في اتجاه عام تبناه المشرع أمداً طويلاً في إطار مفاهيم جائرة لا يمكن تبريرها منطقياً ولو أجهد الباحثون أنفسهم لبيان وجه الحق فيها، وأن هذا الاتجاه يمثل ظلماً فادحاً لمؤجرين ما برح المستأجرون يرجحون عليهم مصالحهم متدثرين في ذلك بعباءة قوانين استثنائية جاوز واضعوها بها - في كثير من وأجنبها - حدود الاعتدال فلا يكون مجتمعهم إلا متحيفاً حقوقاً ما كان يجوز الإضرار بها.

وما يراه البعض من أن الرقابة القضائية على الأغراض التي تتغياها السلطة التشريعية، يقحمها في العملية التشريعية ذاتها، ويدل على عدم احترامها لهذه السلطة وانتقاصها من مهابتها ويلقيها في بؤرة الصراع السياسي؛ مردود بأن الجهة القضائية لا تسأل أعضاء السلطة التشريعية عما كان قائماً في أذهانهم وقت إقرار القانون. ذلك أن هؤلاء الأعضاء يمثلون هيئة الناخبين في تصرفاتهم داخل البرلمان، ولا تجوز بالتالي محاسبتهم عنها، ولا استجوابهم بشأنها، ولا إشهادهم على بواعثهم من العمل التشريعي، ولا دعوتهم للمثول أمام الجهة القضائية للإدلاء بهذه الشهادة.

ولا نزاع في أن مجرد مخالفة السلطة التشريعية للدستور، سواء من ناحية الأوضاع الشكلية التي كان يجب أن يفرغ القانون فيها، أو من جهة خروج مضمون القانون على الدستور في محتواه هو خطأ من المشرع. ولكن هذا الخطأ لا يصل إلى حد اتهام أعضاء هذه السلطة بالتدليس والالتواء، ولو كان غرضهم من إقرار القانون مخالفاً للدستور.

ذلك أن الجهة القضائية التي تدين بواعثهم، لا يثير شكوكاً خطيرة حول أمانتهم، ولا تهينهم، ولا تقحم نفسها في سياسة تشريعية لا اختصاص لها بمناقشتها. وإنما حسبها أن تباشر ولايتها بما يكفل خضوع السلطة التشريعية لحكم الدستور. وشرط ذلك ألا يكون لها شأن بأعضائها أنفسهم، كاستجوابهم حول حقيقة دوافعهم من النصوص التي أقروها، بل يتعين عليها أن تعتمد على مصادر خارجية ترجح لديها إساءة استعمال البرلمان لسلطته.

ومن المحقق فإن احترام السلطة التشريعية لنفسها يقتضيها أن تبدأ بنفسها، وأن تنزل على حكم الدستور. وردها إلى الدستور هو جزاء مخالفتها لأحكامه، ولا عصمة لأحد فوق الدستور[1].

---

(١) د. عوض المر المرجع السابق ص ١٣٩١.

خصائص سوء استعمال السلطة التشريعية

حددت المحكمة الدستورية العليا هذه الخصائص بقولها بأن سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، ليس بمبدأ يفترض في عملها، بل يعتبر مثلباً احتياطيا وعيباً قصدياً بتعين أن يكون الدليل عليه واشياً بتنكبها الأغراض المقصودة من تأسيسها، واستتارها بالتالي وراء سلطتها في مجال تنظيم الحقوق، لتصرفها إلى غير وجهتها، فلا يكون عملها لا انحرافا عنها[1].

وقد كانت المحكمة العليا أسبق من المحكمة الدستورية العليا في تعييبها للنصوص القانونية بمجاوزة السلطة. ذلك أن حكمها في القضية رقم ٣ لسنة ٣ ق عليا "دستورية" خاض في نوايا المشرع، ومقاصد الذين أعدوا مشروع القانون المطعون عليه، والحقائق العلمية والعملية التي قام عليها منتهياً من ذلك إلى خلوه من إساءة استعمال الوظيفة التشريعية[2].

وقد قابل الفقيه الكبير الدكتور السنهوري بين سوء استعمال الحق، وسوء استعمال الوظيفة الإدارية، وسوء استعمال الوظيفة التشريعية، وقرر الفقيه الجليل أن النصوص القانونية وإن تعين ضمان استقرارها حتى لا تزعزعها عيوب تثير شكاً في مطابقتها للدستور، إلا أن حماية الدستور أولي.

وقرر هذا الفقيه كذلك أن لكل دستور أغراضاً يتوخاها، فإذا خالفتها نصوص قانونية تعين إبطالها. ومن ذلك أن يلبس المشرع النصوص القانونية بما ينافي حقيقتها بأن يصبها في شكل قواعد مجردة لا تستنفد موضوعها

---

(١) القضية رقم (٢) لسنة ١٨ ق. "دستورية" جلسة ١٩٩٨/٣/٧ ـ القاعدة رقم ٥/٨٩ ـ ص ١٢١٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم (٣) لسنة ١٨ ق . عليا "دستورية" التي رفعت صحيفتها إلى قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا في ٢٣ /١٩٧٢/٤ والتي طعن فيها على القانون رقم ٦٢٢ لسنة ١٩٩٥ بإلغاء قرارات وزير التعليم بمعادلة شهادة المساحة بشهادة الفنون والصنايع ـ نظام حديث.

بمجرد تطبيقها عليها، حال كونها موجهة لحالة بذاتها، فلا يبقي بعد تطبيقها عليها مجال لعملها(١).

والأصل في المشرع أن يحرص على صون حقوق المواطنين وحرياتهم، وألا ينال منها متخفياً وراء ستار من حدود ولايته المنصوص عليها في الدستور، أو من مظاهر هذه الولاية المسلم بها، ولو لم يرد نص بها(٢).

ولا يجوز بالتالي أن تتخذ السلطة التشريعية من اختصاصها في تنظيم الحقوق ستاراً لإخفاء نواياها في الخروج بهذا التنظيم عن حقيقة الأغراض التي كان يجب أن يتوخاها. فاضطهادها بعض الأعراق، وإثابتها بعض الأنصار، وإرهاقها لبعض الممولين ، وإبطالها لتكلفة شروط العمل بقصد تعويق الحق فيه، وتحديدها لشروط القبول في المعاهد التعليمية بقصد الإضرار بأقلية بذاتها، وتقديم الرجل على المرأة بقصد إقصائها عن العمل العام. لا يجوز أن يكون هدفاً لها. ذلك أن مثل هذه الأغراض لا يحميها الدستور، وذلك لأمرين:

أولهما: أنها تناقض القيم التي احتضنها، وتخل بالأغراض التي يتوخاها في مجال تنظيم الحقوق.

ثانيهما: أنها في حقيقتها عدوان مقصود على حقوق المواطنين وحرياتهم تستتر بالحق في تنظيمها، وتوخي قمعها أو إصابتها بأفدح الأضرار تحقيقاً لسياسة ملتوية تخرج بها السلطة التشريعية على حقيقة وظائفها التي تلزمها بأن تتجرد في كل قاعدة قانونية تقرها، عما يعتبر تلهياً أو تشهياً أو تسلطاً بغير الحق حتى تتحرر مقاصدها من كل التواء يشينها.

---

(١) أنظر في ذلك مقالة كتبها الدكتور السنهوري في مجلة مجلس الدولة – السنة الثانية – تحت عنوان "الانحراف في استعمال السلطة التشريعية".

(٢) الأستاذ الدكتور/ أحمد كمال أبو المجد – الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري – مكتبة النهضة العربية ١٩٦٠ – هامش ص ٥٩٢.

وتلك منطقة لا يجوز في إطارها أن تعمل السلطة التشريعية على الإضرار برفقاء لا تصطفيهم، ولا أن تعمد إلى الإخلال بالتوازن بين المزايا التي ترتبها القاعدة القانونية، والأضرار التي تنجم عنها، لتزيد تكلفتها على فائدتها من خلال النوايا التي تبطنها ، والتي ترتد على القواعد التي أقرتها بالنظر إلى تأثيرها في محصلتها النهائية.

وهو ما يجعل الأغراض التي تتوخاها القواعد القانونية، أحد الضوابط الفصل في موافقتها أو مخالفتها لأغراض كفلها الدستور.

ومن ثم صح القول بأن سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها ، يعتبر عيباً غائياً وقصدياً في آن واحد.

واعتباره عيباً غائياً. مؤداه مجاوزة السلطة التشريعية قصداً لأغراض يضمنها الدستور. ومن ثم كان عيباً مقصوداً يرتبط بحقيقة الأغراض التي توختها فعلاً. كذلك فإن النظر إلى سوء استعمال السلطة باعتباره عيباً احتياطيا، مؤداه ألا تخوض فيه جهة الرقابة على الدستورية إلا إذا خلا القانون المطعون فيه من صور العوار جميعها التي ترتد في ضابطها العام إلى الأوضاع الشكلية والشروط الموضوعية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية.

فإذا قام واحد منها، كان ذلك كافياً لنقض القانون(١). ذلك أن اتهام السلطة التشريعية بسوء استعمال سلطتها أمر جد خطير يغاير خطأها في فهم الدستور. ويتعين بالتالي أن يؤخذ القول بانحرافها في استعمال سلطتها بقدر كبير من الحذر، لا لأن السلطة التشريعية فوق الدستور، إذ هي دونه بيقين، وإنما لأن من المفترض فيها أن تعمل وفق أحكامه، وعلى ضوء الأغراض التي يتغياها ، فلا تنقضها بما يجعل نواياها عبئاً على الدستور.

---

(١) فإذا طارد المشرع خصوم الحكومة بالنظر إلى مضمون الآراء التي يعبرون بها عن مناهضتهم لها، كان ذلك إخلالاً بحرية التعبير يتقدم انحرافها في استعمال السلطة.

إساءة استعمال السلطة بين التقدير والتقييد

وتذرع السلطة التشريعية بحريتها في التقدير، لا يناقض إمكان انحرافها في استعمال سلطتها. ذلك أن التقدير غير التحكم، والتعقل غير التسلط.

فالتقدير مفاضلة بين بدائل يفترض فيها جميعها أنها وسائل مشروعة لتنظيم موضوع معين، وأن المشرع اختار أنسبها لهذا التنظيم، وأحراها بتحقيق أكثر المصالح العامة ثقلاً.

ومن ثم كان تنظيم المشرع مسائل بعينها، غير مقصود بالنظر إلى ذواتها وإنما لتحقيق المصلحة التي استهدفها المشرع، بافتراض اتصالها بتحقيق وجه من أوجه الخير العام.

فلا تكون الوسائل غير بدائل منطقية لتحقيق أغراض بذواتها ولا تكون المشروعية إلا وصفاً جامعاً بين الوسائل وأهدافها.

وهو ما تؤكده المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن الأصل في سلطة المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية يفاضل المشرع من خلالها بين بدائل متعددة مرجحاً من بينها ما يراه أكفل لتحقيق المصالح المشروعة التي قصد إلى حمايتها، وأن كل تنظيم للحقوق لا يجوز أن يصل في منتهاه إلى إهدار الحقوق التي تناولها، ولا أن يرهق محتواها بقيود لا تكفل فعاليتها[1].

إذ كان ما تقدم، فقد تعين إهدار القول بأن السلطة التقديرية للمشرع

---

(١) القضية رقم ٣٨ لسنة ١٦ ق دستورية جلسة ١٩٩٦/١١/١٦ ـ القاعدة رقم ١٣/١٢ الجزء الثامن ـ ص ١٦٩؛ والقضية رقم ٤٢ لسنة ١٧ ق ـ دستورية ـ جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ ـ القاعدة رقم ١٠٣ / ٢ ـ ص ١٣٤٨ من الجزء الثامن ، والقضية رقم ٦٠ لسنة ١٧ ق دستورية جلسة ١٩٩٦/٥/٤ ـ القاعدة رقم ٤٣ /٧٥ ص ٥٧٤ من الجزء السابع.

جوهرها الإطلاق. ذلك أن حدها مشروعية الوسائل التي يعتمد المشرع عليها في مباشرة هذه السلطة، ومشروعية الأغراض التي تتوخاها هذه الوسائل، وقيام صلة منطقية بين هذه الوسائل وتلك الأغراض.

فإذا اختار المشرع من بين الوسائل التي يفاضل بينها، ما هو غير مشروع أصلاً كمصادرة آراء بالنظر إلى مضمونها، أو كان المشرع قد اتخذ لتحقيق غرض مشروع – كصون الأمن – وسيلة لا جدال في مخالفتها للدستور، كفض الرسائل البريدية بغير إذن قضائي، أو كان هذا البديل أكثر إرهاقاً للمخاطبين بالقانون، خرج المشرع في ذلك كله عن حدود سلطته التقديرية.

وقد تنظم السلطة التشريعية حق الأشخاص في الاجتماع – وهو تنظيم مشروع أصلاً – وتختار لإجراء هذا التنظيم وسائل منطقية غير مخالفة للدستور بقصد تحقيق أغراض ، لا يتسامح فيها، كمطاردة بعض الخصوم وتعقبهم، وعندئذ يكون خروج المشرع على حدود وظيفته وإساءته استعمال سلطتها، ثابتاً يقيناً.

ويتعين بالتالي التمييز بين أغراض مشروعة تستهدفها السلطة التشريعية. وهذه لا شأن للجهة القضائية بها، وبين أغراض لا يأذن الدستور بها، ولكن السلطة التشريعية قننتها بتشريعاتها انحرافا منها عن الحدود المنطقية لولايتها.

إثبات إساءة استعمال السلطة التشريعية

تدور إساءة استعمال السلطة التشريعية لوظائفها – وجوداً وعدماً – مع حقيقة الأغراض التي تستهدفها فيما تقرره من القواعد القانونية. فما كان منها كافلاً الغرض المخصص المحدد بنص الدستور، استقام في منطق الشرعية الدستورية. فإذا لم يحدد الدستور ثمة غرض من هذا القبيل، ولكن المشرع جاوز حدود المصلحة العامة بمفهومها الأشمل، فإن تشريعه يكون باطلاً لخروجه على الوظيفة التشريعية التي يقوم المشرع أصلاً عليها.

ويتعين بالتالي أن ننظر إلى إساءة استعمال السلطة لا على ضوء سياسة ثابتة تنتهجها السلطة التشريعية بوجه عام كتبنيها سياسة التحامل ضد عرق معين، وإنما وفق كل قانون على حدة، إذ يؤخذ هذا القانون وحده، وينظر إلى الأغراض التي وجهته وحددت محتواه. وهذه الأغراض وحدها التي يقصد المشرع إلى تحقيقها، هي التي نقف عندها في مجال الفصل في سوء استعمال السلطة.

ومن ثم تتصل هذه الأغراض بالنوايا التي أبطنها المشرع، وعبر عنها من خلال النصوص القانونية التي أقرها في شأن موضوع محدد قصد إلى تنظيمه. ولأن هذه النوايا تتصل بالإرادة الباطنة، وقلما يفصح المشرع عنها، فإن الدليل عليها، لا يقوم إلا من مظاهر خارجية تشهد بها وتفضي إليها. ويندرج تحتها القرائن الظرفية التي تدل عليها حتى ما كان منها سابقاً على إعداد النصوص القانونية المطعون عليها بمجاوزة السلطة ، بشرط أن تدل الأوضاع السابقة على إقرارها، على الخلفية التي حددت لها النصوص وجهتها، أو على الأقل على الجو العام الذي أحاط بها وألهمها حقيقة مضمونها.

ولا يجوز من ناحية أخري الخلط بين مفهوم إساءة استعمال السلطة، وبين عدوان المشرع على حقوق المواطنين وحرياتهم من خلال تنظيمها. ذلك أن الدستور إذ يعهد إلى المشرع بتنظيم موضوع معين، فإنه لا يخول المشرع أكثر من بيان الحدود المنطقية التي يمارس المواطنون فيها حقوقهم وحرياتهم التي كفلها الدستور. فإذا تغول المشرع عليها سواء بإهدارها أو بانتقاصها من أطرافها ، جاوز بذلك حدود سلطته في تنظيمها. وفي ذلك مخالفة مباشرة لنصوص الدستور.

يؤيد ذلك أن هذه المخالفة المباشرة لنصوص الدستور تتحقق ، ولو لم يكن المشرع حين أقر النصوص القانونية المعيبة سيئ النية، بل كان خطؤه راجعاً إلى عدم فهمه لنصوص الدستور على صحيح وجهها.

ولئن كان الأصل في سلطة المشرع في موضوع تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية، إلا أن هذه السلطة حدها قواعد الدستور التي لا تجيز العدوان على حقوق المواطنين وحرياتهم التي كفلها سواء من خلال هدم ذواتها أو الحد من نطاق الانتفاع بها.

وسواء كان الانتقاص من الحرية أو الحق جسيماً أم كان محدوداً ، فإن هذا الانتقاص عدوان على الحماية التي تصورها الدستور وكفلها لهذا الحق أو لتلك الحرية. وهذه الحماية هي التي يحرص الدستور عليها ليعطي المواطنين وحرياتهم قيمتها الحقيقية.

بيد أن تنظيم المشرع للحق أو الحرية قد يوقعه في حمأة سوء استعمال السلطة، إذ توخي المشرع من هذا التنظيم تحقيق غرض غير مشروع. وهو غرض يتعين أن يكون قد تعمده، وأن يدل على سوء نواياه.

وحتى لو ألبس المشرع قانوناً أقره ثوباً من المصلحة العامة، فإن إخفاءه الأغراض الحقيقية التي توخاها، لا يجوز أن يحول دون تحريها، ليبطل القانون بقدر خروجه على الأغراض التي يلتمسها الدستور. وهو ما يتحقق على الأخص من خلال القوانين التي تقرها السلطة التشريعية في شكل قواعد مجردة لتستر تعلقها بأشخاص بذواتهم تقصد إلى الإضرار بهم أو تتوخي منحهم مزايا لا يستحقونها.

ولئن كان من المفترض في السلطة التشريعية هي تجردها ونزاهتها، وعلوها بالتالي على الصغائر التي تدفعها إليها الأهواء الشخصية ميلاً أو ضغينة، إلا أن هذه الأهواء قد تحرفها عن رسالتها وتوجه وظيفتها إلى غير الأغراض التي يقتضيها لدستور منها، لسقط بالتالي افتراض مطابقتها للدستور.

ولأن مجاوزة السلطة يتصل في الأعم بالنوايا التي أضمرها المشرع وحدد على ضوئها مضمون النصوص القانونية المطعون عليها؛ وكان التحقق من هذه النوايا من الصعوبة بمكان؛ وكان المشرع قلما يعلن عن نواياه الحقيقية

التي غلفها بالنصوص القانونية الظاهرة صحتها، إلا أن تعمقها يظل واجباً على الجهة القضائية يلزمها ببلوغ غاية الأمر بشأنها. ويقوم واجبها في ذلك لا من خلال النظر في ظاهر هذه النصوص - إذ الفرض أن المشرع أخفي نواياه الحقيقية بشأنها وألبسها غير ثوبها الدال على حقيقة وجهتها - وإنما عن طريق النظر في كافة الأوضاع التي لابستها ما كان منها سابقاً عليها، أو معاصراً لخلقها، وما اتصل بها من حوار داخل السلطة التشريعية ذاتها بالرجوع إلى مضابطها، وما استقام من كافة القرائن التي تشي بنوايا المشرع التي أبطنها

ويتحقق ذلك على الأخص بالرجوع إلى الخلفية التاريخية للنصوص المطعون عليها، مصحوبة بالأغراض السياسية الانتهازية التي تبنتها الأغلبية البرلمانية وقت إقرارها لها(١)، والعجلة المريبة في تمريرها، واللهفة على سرعة إصدارها، وأقوال المسئولين الذي برروها بها، وبطريقة تنفيذها، وغير ذلك من ظروف الحال التي تدل على حقيقة وجهتها.

وقد يؤكد تداعي الأحداث، أن المشرع خلط الأغراض المخالفة للدستور بأغراض ظاهرها الصحة، ليحقق خفية بالنصوص القانونية التي أقرها، ما عجز علانية عن إنفاذه.

وقد يعمد المشرع إلى انتهاج سياسة بعينها في نطاق قوانين متعاقبة أقرها لتنظيم موضوع معين، لتحيط هذه السياسة بتلك القوانين جميعها بما يجعلها خارجة من رحمها وموصومة بها في كل حلقاتها. وهو ما تؤكده المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن تنظيم العلائق الإيجارية - بالصيغة التي أفرغ النص المطعون عليه فيها - ليس إلا حلقة في اتجاه عام تبناه المشرع أمداً طويلاً في إطار من مفاهيم جائرة يستحيل تبريرها منطقياً، ولو أجهد الباحثون أنفسهم لبيان وجه الحق فيها. وكان ذلك بكل المقاييس ظلماً فادحاً لمؤجرين ما

---

(١) أنظر في ذلك النزعة السياسية الانتهازية للقانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٠ المعدل للمادة ١٢١ من قانون تنظيم الجامعات الصادرة بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ والذي ألقي بكثير من أساتذة الجامعة في عرض الطريق.

برح المستأجرون يرجحون عليهم مصالحهم، متدثرين في ذلك بعباءة قوانين استثنائية جاوز واضعوها بها حدود الضرورة التي أملتها[١].

الأهمية الحقيقية لعيب إساءة استعمال السلطة

لئن قررت المحكمة الدستورية العليا – والمحكمة العليا من قبلها – بأن النصوص القانونية يجوز تعييبها بإساءة استعمال السلطة ، إلا أن الطبيعة الاحتياطية لهذا المطعن ، تقلل كثيراً من أهميته العملية. وهو ما يظهر على الأخص من ناحيتين :

أولاهما:- أن المخالفة المباشرة لنصوص الدستور، سواء من جهة مجاوزة الأوضاع الشكلية التي فرضها الدستور على المشرع فيما يقره من القوانين، أو من جهة اتفاق مضمونها، ومضمون نصوص الدستور، تتقدم دوماً الأغراض المخالفة للدستور التي قد يستلهمها المشرع فيما يقره من القوانين.

ثانيتهما:- أن دائرة سوء استعمال السلطة كثيراً ما تتداخل مع دائرة المخالفة المباشرة للقواعد الموضوعية الواردة في الدستور، بما يجمعهما ببضعهما في آن واحد، ليكون القانون – في مضمونه – مخالفاً للدستور ومشوباً في الوقت ذاته بسوء استعمال السلطة.

فالقيود التي يفرضها المشرع على حرية التعبير بقصد مطاردة خصوم سياسيين، تعتبر مخالفة للدستور من جهة إخلالها بحرية التعبير التي كفلها الدستور، وكذلك من جهة توخيها لغرض غير مشروع. مثلها في ذلك مثل القيود التي يرهق بها حرية الاجتماع بقصد حرمان فئة من المواطنين من ولوج اجتماع معين أو لإرهابهم حتى لا يدخلوه.

ذلك أن هذه القيود تناقض الدستور من جهة مساسها بجوهر هذه الحرية

---

(١) القضية رقم ١٤٩ لسنة ٨ قضائية – دستورية – جلسة ١٩٩٧/١١/١٥ – قاعدة رقم ٦٥ ص ٩٤٩ وما بعدها من الجزء الثامن.

وانتقاصها لها من أطرافها. وهي كذلك مخالفة للدستور من جهة أن السلطة التي أقرتها خالطها غرض غير مشروع تحددت به بواعثها في تنظيم هذه الحرية.

وكذلك الأمر في شأن كل حق أو حرية ينظمها الدستور إذا اختلط فيها العدوان على أيهما، بغرض غير مشروع.

وحتى في الأحوال التي تخرج فيها السلطة التشريعية على وظائفها خروجاً فاضحاً كاتهامها بعض السياسيين بمقاومة الثورة أو العمل على خلاف مبادئها، وإقرارها لقانون يعاقبهم على هذه الأفعال، ولو لم يكن الجزاء عليها جنائياً؛ فإن هذا القانون – وإن توجه لتحقيق أغراض لا يحميها الدستور – إلا أنه يعتبر مخالفاً مباشرة لنص المادة ٦٦ من الدستور التي تحظر إيقاع عقوبة بغير حكم قضائي، ولو لم تكن هذه العقوبة من طبيعة جنائية، بل جزاء لا تتوافر فيه خصائصها ومن ثم تتقدم هذه المخالفة، سواء استعمال السلطة باعتباره عيباً احتياطياً.

وتصدق هذه الملاحظة كذلك إذا صدر قانون اتخذ شكل قواعد مجردة في الوقت الذي تنصرف فيه هذه القواعد إلى أشخاص معينين بذواتهم قصد المشرع إفادتهم أو غمط حق لهم من خلال النصوص القانونية التي أقرها في صورة مجردة.

ذلك أن صدور القانون على هذا النحو، ينطوي على مخالفة مباشرة لنص المادة ٦٨ من الدستور(١) وهو مخالفة تكفي وحدها لإبطاله ولو كانت الأغراض التي لابسته وأثرت في تكوينه، مخالفة للدستور(٢).

---

(١) وفقاً لنص المادة ٨٦ يتولي مجلس الشعب سلطة التشريع، والتشريع هو القواعد المجردة حقيقة لا شكلاً.

(٢) تنص المادة ٦٨ من الدستور على أن يتولي مجلس الشعب اختصاص إقرار القوانين والقوانين التي تشير إليها هذه المادة هي التي تفرغ أحكامها في شكل نصوص قانونية تتسم بالعمومية والتجرد فإذا أقر مجلس الشعب قانوناً في شكل قواعد عامة مجردة ثم ظهر أن حالة بذاتها أو شخصاً بعينه هو المقصود بهذا القانون، فإن ذلك القانون يكون مخالفاً بصورة مباشرة لحكم هذه المادة.

ويتعين القول بالتالي بأن نصوص القانون المطعون عليها بمجاوزة السلطة، والتي يشوبها خروج مباشر على نص في الدستور – شكلياً كان أو موضوعياً – لازمها أن تتقدم المخالفة المباشرة لهذا النص، الفصل في إساءة استعمال السلطة التشريعية لوظائفها.

فالقانون الذي يجيز مصادرة الصحف التي تمس بهيبة أو باعتبار بعض المسئولين في مجال انتقاد طريقة أدائهم للعمل العام، يناقض بصورة مباشرة حرية التعبير التي كفل الدستور أصلها، ويكتسي كذلك بغرض غير مشروع، إذ لا صلة لهذه المصادرة بأمر يتصل بالسلامة العامة أو بالأمن القومي وهما غرضان حددتهما المادة ٤٨ من الدستور لجواز فرض رقابة محدودة على الصحف والمطبوعات ووسائل الإعلام عند إعلان حالة الطوارئ أو في زمن الحرب، ولكن المخالفة المباشرة لحرية التعبير، تتقدم بالضرورة مجاوزة السلطة باعتباره عيباً احتياطيا.

وتدخل المشرع في وسائل البحث العلمي أو في أعمال الإبداع بما يرهقها، غرض غير مشروع. بيد أن هذا التدخل يستحيل أن يتحقق بغير الإخلال بحق المواطنين في المباشرة الحرة لبحوثهم العملية أو لأعمال الإبداع على اختلافها. وتلك مخالفة مباشرة لنص المادة ٤٨ من الدستور تتقدم بالضرورة إساءة استعمال السلطة.

وإبعاد مواطن عن وطنه يناقض مباشرة نص المادة ٥١ من الدستور. فإذا كان الغرض من الإبعاد هو طرده حتى لا يثير قلاقل في وجه الدولة، كان قرار الإبعاد مخالفاً في آن واحد للمادة ٢ والمادة ٥١ من الدستور، ومتشحاً كذلك بغير غرض المشرع لا يتقدم المخالفة المباشرة لنص الدستور وإنما يأتي بعد الفصل فيها.

وتعليق حق المواطنين في الاجتماع على ترخيص ، يناقض مباشرة نص

المادة ٥٤ من الدستور، فإذا كان اشتراط الترخيص السابق على الاجتماع، يتوخي أن تأذن الدولة به أو أن ترفض عقده على ضوء موقفها من المجتمعين، وما إذا كانوا يعارضونها أو يسبحون بحمدها، فإن مصادرة المشرع للحق في الاجتماع، يكون كذلك مشوباً بغرض غير مشروع يتأخر بالضرورة عن المخالفة المباشرة لنص المادة ٥٤ من الدستور.

وقس على ذلك كافة الحقوق والحريات التي يقيدها المشرع بالمخالفة للدستور وبما يناقض الأغراض التي يتوخاها[١].

وقد كفتنا هذه الأفكار التي أبداها الفقيه والقاضي العظيم مؤونة الدفاع عن عيب الانحراف التشريعي.

غير أننا نعيد التذكير بان عيب الانحراف هو عيب متفرد في ذاته يدخل البحث عنه في الوظيفة القضائية ولا يستطيع كشفه سوي القاضي والإعتراف بوجوده هو خط الدفاع الاخير عن صحة القانون حيث يفترض كشف هذا العيب صحة سائر أركان القانون.

وفي ختام هذا الجزء نعيد تأكيد الأسس والمبادئ التي سبق وأوردناها في الجزء الأول أو في الجزء الثاني من هذا المبحث والتي لخصها أحد الباحثين[٢] الذي تبين الغالب الأعظم من الأفكار التي عرضها في رسالته حول الانحراف التشريعي وتخلص هذه المبادئ في:-

أولاً:- أن الانحراف في استعمال السلطة التشريعية يعد أخطر العيوب التي يمكن أن تصيب التشريع، ويرجع ذلك إلى أنه عيب خفي لا يظهر بمجرد المقارنة البسيطة بين نصوص الدستور ونصوص التشريع، حيث إن السلطة التشريعية تصدر تشريعاً في ظاهره الصحة وباطنه الفساد، فالتشريع المعيب

---

(١) د. عوض المر المرجع السابق – ص ١٤١٥.

(٢) د. عبدالمنعم عبدالحميد - المرجع السابق ص ٩٦٨.

بالانحراف هو تشريع سليم من حيث الشكل والاختصاص والمحل ولكنه معيب من حيث الغاية التي سعي المشرع إلى تحقيقها من وراء إصداره فالسلطة التشريعية تحت ستار من اختصاصاتها المشروعة تسعي إلى تحقيق غاية غير مشروعة، كالإضرار بفرد أو فئة معينة بالذات أو تحقيق فائدة لفرد أو فئة معينة بالذات، وهذا ما يجعل التشريع باطلاً لانطوائه على الانحراف التشريعي. فالانحراف التشريعي هو عمل قصدي من جانب السلطة التشريعية، أي أنها تسعي بإرادة حرة واعية إلى تحقيق غاية أخري غير تلك التي من أجلها منحها الدستور سلطة التشريع. كما أن السلطة التشريعية قد تتستر وراء العبارات العامة لإظهار أن التشريع قد صدر لكي يطبق على الكافة، ولكننا إذا بحثنا في الغاية الحقيقية من وراء إصدارها للتشريع نجد أنها كانت تقصد – في الواقع – أن يطبق التشريع على فرد أو فئة معينة بالذات إضراراً بهم أو لتحقيق مصلحة لهم. ومن هنا تظهر خطورة الانحراف التشريعي على حقوق الأفراد وحرياتهم. فالتشريع المشوب بالانحراف سليم في ظاهره باطل في باطنه، ولهذا لا يظهر هذا الانحراف لغير المتخصصين ولكن عين الخبير بالقانون هي التي تكشفه.

ثانياً:- أن الانحراف في استعمال السلطة التشريعية يتميز بعدة خصائص تميزه من العيوب الدستورية الأخرى، وهي أنه عيب قصدي في السلوك التشريعي، بمعني اتجاه إرادة المشرع الحرة الواعية إلى تحقيق غاية أخري غير تلك التي من أجلها منحه الدستور السلطة، كما أنه عيب ذاتي وليس عيب موضوعي حيث إن رقابة الانحراف إنما تتضمن حكماً على نوايا المشرع، فهي رقابة ذاتية، حيث إن البحث في نوايا المشرع الخفية هو ما يجعل الانحراف عيب ذاتي . وبالإضافة إلى ذلك فإن الانحراف التشريعي يتميز من العيوب الدستورية الأخرى بأنه عيب خفي لا يظهر مثلها بمجرد المقارنة بين نصوص الدستور ونصوص التشريع، كما يتميز الانحراف بأنه يدور مع السلطة التقديرية للمشرع ، بمعنى أنه لا يثور إلا إذا كان المشرع يتمتع بالسلطة التقديرية في إصدار التشريع، أما إذا كانت سلطته محددة أو مقيدة فإن ما يثور

ليس عيب الانحراف وإنما العيوب الدستورية الأخرى من اختصاص وشكل ومحل . وإذا كان الغلط البين في التقدير يشترك مع الانحراف التشريعي فهذه الخاصية الأخيرة وهي أنه يثور عندما يكون المشرع متمتعا بالسلطة التقديرية إلا أن وجود الغلط البين في التقدير لا يستتبع وجود الانحراف التشريعي، كما أن الانحراف التشريعي يتميز عن الغلط البين في التقدير بأنه عيب قصدي، وذاتي، وخفي، واحتياطي وهذه الخاصية الأخيرة تعني أن الانحراف التشريعي هو خط الدفاع الأخير الذي يلجأ إليه القاضي عند خلو التشريع من كافة العيوب الدستورية الأخرى، وإنما يتعين عليه – أي القاضي – وبصفة خاصة عندما يكون الطعن منصباً على الانحراف التشريعي البحث عن هذا العيب والحكم بعدم دستورية التشريع إذا كان منطوياً بالفعل على ذلك الانحراف. ولذلك فإنه لا يجب التهرب من البحث عن الانحراف بدعوى أنه عيب احتياطي والبحث في العيوب الدستورية الأخرى التي يمكن أن يكون التشريع مشوباً بها، مادام أن الطعن كان منصباً على وجود الانحراف التشريعي وليس على أي عيب دستوري آخر.

ثالثاً:- أن الانحراف التشريعي عيب غائي، أي يتعلق بالمصلحة العامة، بحيث إنه إذا انحرف المشرع عن هذه المصلحة العامة وسعي إلى تحقيق غاية أخري غيرها كالإضرار بفرد أو فئة معينة بالذات أو تحقيق مصلحة لفرد أو لفئة معينة بالذات كان تشريعه باطلاً لانطوائه على الانحراف التشريعي. ومن هنا كانت صورة الانحراف التشريعي تتمثل في الخروج على تلك المصلحة العامة أما مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف من جانب المشرع فإنها لا تشكل – في رأينا – انحرافا في استعمال السلطة التشريعية وإنما خروجاً مباشراً على أحكام الدستور الذي خصص للمشرع هدف معين يجب عليه السعي لتحقيقه، وذلك لأن سلطة المشرع – في هذه الحالة – سلطة مقيدة أو محددة وليست سلطة تقديرية. ومن المعلوم أن منطقة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية هي المنطقة التي يتمتع فيها المشرع بالسلطة التقديرية.

رابعاً:- أن السلطة التقديرية للمشرع كانت محل الخلاف الرئيسي في الفقه - وذلك فيما يتعلق بعيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية - فقد ذهب البعض إلى خطأ قياس السلطة التقديرية للمشرع على السلطة التقديرية للإدارة بدعوى أن الاختلاف بين السلطتين هو خلاف في الجوهر وليس في الدرجة. ولكننا - في الواقع - أيدنا ما ذهب إليه الرأي الغالب في الفقه من أن الاختلاف بين السلطة التقديرية للإدارة والسلطة التقديرية للمشرع هو اختلاف في الدرجة فقط وليس اختلاف في الجوهر، فكل من المشرع والإدارة يتمتع بالسلطة التقديرية، ولكن السلطة التقديرية للمشرع أكبر وأوسع من السلطة التقديرية للإدارة. ومن هنا فإن عيب الانحراف بالسلطة الإدارية يثور عندما تستعمل الإدارة سلطتها التقديرية لإصدار قرارات لا تراعي فيها تحقيق المصلحة العامة، ويثور - أيضاً - الانحراف التشريعي عندما يستعمل المشرع سلطته التقديرية لتحقيق غاية أخري غير تلك التي من أجلها منحه الدستور هذه السلطة، إذن فالفارق بين السلطة التقديرية للمشرع، والتي تكاد تستغرق النشاط التشريعي، والسلطة التقديرية للإدارة هو فارق في الدرجة - فقط - وليس في الجوهر.

خامساً:- أن السلطة التشريعية تتأثر عند إصدارها للقوانين بمجموعة من العوامل المحيطة بها ، وهذه العوامل تتمثل في تدخل السلطة التنفيذية في عمل السلطة التشريعية، وأيضاً اللجان البرلمانية التي يسيطر عليها حزب الأغلبية الحاكم، ومن أهم هذه العوامل - أيضاً - جماعات الضغط التي تسعى للتأثير على أعضاء البرلمان لتحقيق مصالح ذاتية، كما أن الأحزاب السياسية تؤثر في عمل السلطة التشريعية، وبصفة خاصة عندما يكون الحزب المسيطر في البرلمان هو حزب السلطة التنفيذية الحاكمة. هذه العوامل تؤثر في عمل السلطة التشريعية وتدفعها إلى تحقيق مصالح ذاتية أو مصالح سياسية وحزبية وليس تحقيق المصلحة العامة، أي تدفعها إلى الانحراف في استعمال السلطة التشريعية.

سادساً:- أن معيار الانحراف في استعمال السلطة التشريعية قد أثار خلافاً في الفقه ، فمنهم من يري أنه معيار موضوعي، ومنهم من يري أنه معيار ذاتي، ولكننا – في الواقع – أيدنا الرأي الذي ذهب إلى أن معيار الانحراف التشريعي هو معيار ذاتي، وذلك لأن البحث في نوايا المشرع الخفية للكشف عن الغاية الحقيقية للمشرع من وراء إصداره لتشريع ما هو ما يجعل معيار الانحراف معياراً ذاتياً، وهذا البحث في نوايا المشرع ضروري وذلك لأن المشرع لا يذكر – عادة – في أسباب التشريع – التي قد تتبدي في نصوص التشريع ذاته أو أعماله التحضيرية أو مذكرته الإيضاحية أو المناقشات البرلمانية – الأسباب الحقيقية من وراء إصداره للتشريع، وإنما يلبس التشريع ثوباً من المصلحة العامة حيث لا يذكر من الأسباب إلا ما يمت لهذه المصلحة، وهنا كيف يمكن الكشف عن الأسباب الصحيحة والغايات الحقيقية . ومن هنا فإن معيار الانحراف التشريعي هو معيار ذاتي وليس موضوعي.

سابعاً:- أن إثبات الانحراف التشريعي يكون عن طريق القرائن، وليس عن طريق الدليل الداخلي – أي البحث في أسباب التشريع – وذلك لأن المشرع لا يذكر الأسباب الحقيقية من وراء إصداره للتشريع، ومن هنا كان يجب البحث – لإثبات الانحراف – في القرائن الخارجية، وهذا البحث عن الغاية الحقيقية للمشرع عن طريق القرائن الخارجية يتفق مع المعيار الذاتي للانحراف، فالبحث في النوايا والأغراض الخفية للمشرع للكشف عن غايته الحقيقية من وراء إصداره للتشريع هو بحث ذاتي، وإثبات الانحراف عن طريق القرائن هو الذي يتفق مع هذا المعيار الذاتي.

ثامناً: أن الجزاء الذي يترتب على الانحراف التشريعي هو بطلان التشريع المشوب بهذا الانحراف من يوم صدور ذلك التشريع وليس من يوم الحكم بعدم دستوريته. وقد ثار الخلاف في الفقه حول الأثر الرجعي للحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم الدستورية – سواء كان العيب الدستوري هو الانحراف التشريعي أو غيره من العيوب الدستورية الأخرى – فمنهم من يؤيد عدم إعمال الأثر الرجعي – وهم القلة – ولكن غالبية الفقه ، وكذلك المحكمة الدستورية العليا ذاتها تؤيد إعمال الأثر الرجعي لأحكامها

الصادرة بعدم الدستورية. ومن جانبنا فقد أيدنا الرأي الغالب فق الفقه ، وذلك لأن الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية هو ما يتمشي من المنطق القانوني المجرد حيث يكون التشريع باطلاً من يوم صدوره، وليس من يوم الحكم بعدم دستوريته.

تاسعاً:- أن المجلس الدستوري الفرنسي قد تناول الانحراف في استعمال السلطة التشريعية ، وعلى الرغم من أنه قد بحث فيما ذهب إليه أعضاء مجلسي البرلمان الذي عرضوا الأمر عليه بخصوص بعض التشريعات من أنها كانت منطوية على انحراف تشريعي ، إلا أنه وعلى الرغم من أن بعض هذه التشريعات كان مشوباً بالانحراف التشريعي وكان كافة الدلائل والظروف تدل على انطواء هذه التشريعات على ذلك الانحراف، فإن المجلس الدستوري قد تجنب إصدار أي قرار بعدم دستورية أياً من تلك التشريعات لانطوائه على الانحراف التشريعي، وكان يبحث – دائماً – عن عيب آخر من العيوب الدستورية الأخرى– الاختصاص والشكل والمحل – التي يمكن أن تكون تلك التشريعات مشوبة بها، وذلك كله حتى لا يصدر أي قرار بعدم الدستورية لاحتواء أياً من تلك التشريعات على الانحراف التشريعي. ومما لا شك فيه أن المجلس الدستوري الفرنسي لم يكن على حق في موقفه هذا، فعلي الرغم من تناوله للانحراف التشريعي بالبحث في الإدعاء بوجوده، إلا أنه لزم جانب الحذر، حتى لا يصطدم بالسلطتين التشريعية والتنفيذية، ولذلك فإنه لم يصدر أي قرار بعدم دستورية أياً من تلك التشريعات لانطوائه على الانحراف التشريعي. ويدل ذلك الموقف من المجلس الدستوري الفرنسي على أنه مازال يعطي البرلمان تلك الهالة من التقديس باعتباره المعبر عن الإرادة العامة للأمة، وبالتالي فإنه لا يصح أن ينسب إليه – أو بمعنى أدق إلى ممثلي الأمة – الانحراف في استعمال السلطة التشريعية.

عاشراً:- أن القضاء الدستوري المصري – سواء في ذلك المحكمة العليا ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا – قد تناول عيب الانحراف التشريعي في قضائه وبحث فيما أثير أمامه من وجود هذا الانحراف في بعض التشريعات، إلا أنه لم يحكم بعدم دستورية أي تشريع من التشريعات التي عرضت عليه

وكان الطعن منصباً فيها على وجود الانحراف التشريعي لانطوائه على هذا الانحراف، على الرغم من أن الانحراف كان واضحاً في بعض هذه التشريعات بصورة كبيرة، حيث كان يبحث - دائماً - عن عيب آخر من العيوب الدستورية - الاختصاص والشكل والمحل - التي يمكن أن تكون قد شابت تلك التشريعات، حتى يتجنب الحكم بعدم دستورية التشريع لانطوائه على الانحراف التشريعي. ولقد كان القضاء الدستوري المصري لكي يتجنب البحث - أحياناً - في الانحراف التشريعي ، أو إصدار حكم بعدم دستورية قانون ما - من القوانين التي عرضت عليه وكان الطعن فيها منصباً على وجود انحراف تشريعي - لانطوائه على ذلك الانحراف يذهب إلى أن الطعن ينصب على ملاءمة التشريع - مثله مثل المجلس الدستوري الفرنسي - مع أن الطعن لم يكن منصباً على الملاءمة وإنما على الانحراف التشريعي، ورقابة الانحراف ليس من قبيل رقابة الملاءمة، بل هي رقابة مشروعية دستورية. ومما لا شك في أن خوف القضاء الدستوري المصري من الاصطدام بالسلطتين التشريعية والتنفيذية هو الذي دفعه إلى اتخاذ ذلك الموقف، الذي لم يكن سليماً على الإطلاق.

حادي عشر:- أن الحد العام للرقابة على دستورية القوانين والذي لا يمكن للقاضي الدستوري أن يتطرق إليه هو البحث في ملائمة التشريع سواء من حيث ضرورة التشريع أو عدم ضرورته أو الحاجة إليه أو اختيار وقت إصدار التشريع، فكل هذه من الملائمات المتروكة للمشروع والتي لا يجب أن يتطرق إليها ، وبين رقابة الملاءمة والتي يحظر على القاضي الدستوري التطرق إليها[١].

والآن ننتقل إلى الباب الأخير لنلقي نظرة على الانحراف التشريعي في الفترة من عام ١٩٨٨ وحتى عام ٢٠٠٦ وسنطلق عليها من الانحراف التشريعي إلى الانحراف الدستوري.

---

(١) د. عبدالمنعم عبدالحميد - المرجع السابق ص ٩٧٤.

الباب الأخير
البرلمان من الانحراف بالتشريع
إلى الانحراف بالتعديل الدستوري

لم يختلف الوضع السياسي والدستوري في مصر منذ ناقشنا رسالتنا للدكتوارة في الانحراف التشريعي عام ١٩٨٨ وحتى كتابة هذا القسم في عام ٢٠٠٦ لم يختلف الوضع في سيادة السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية بل ازداد الوضع سوءا بأن امتد نفوذ السلطة التنفيذية ليصل إلى السلطة القضائية — لينال من إستقلالها وعبر إجراء الانتخابات أربع مرات أعوام ١٩٩٠، ١٩٩٥، ٢٠٠٠، ٢٠٠٥ بالنظام الفردي مازال الحزب الحاكم يحوز أكثر من ثلثي أعضاء مجلس الشعب وإنهار دور البرلمان كأحد المؤسسات الدستورية وأصبحت مؤسسة الرئاسة هي المؤسسة الوحيدة المسيطرة على السلطة التشريعية والقضائية حيث استخدم رئيس الجمهورية سلطته في تعيين رؤساء للمحكمة الدستورية العليا من خارج أعضاء المحكمة وفقدت المحكمة جزءاً كبيراً من استقلاليتها ودورها في النظام القانوني المصري بدخولها في صراعات قانونية مع محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا من خلال قيامها بابتداع منازعات التنفيذ في أحكامها والذي تقوم من خلالها بوقف أحكام المحكمتين وما كان رد محكمة النقض إلا تجاهل أحكام الدستورية بل وتجاهل الدفع بعدم الدستورية وتصديها بنفسها للقضاء في دستورية القوانين[1] بتجاهل النص القانوني المعيب بعدم الدستورية وزاد الصراع تدخل السلطة التنفيذية الخاطئ بزيادة سن التقاعد للقضاء مما خلق صراعاً بين مجلس القضاء الأعلى ونادي القضاة لا أعرف مداه حتى كتابة هذه السطور في بداية صيف عام ٢٠٠٦ وعلى كل وإزاء سيطرة السلطة التنفيذية المطلقة على البرلمان ظهر جلياً الانحراف التشريعي وتعداه إلى الانحراف الدستوري على النحو الذي سنوضحه.

وقبل أن نعرض للانحراف التشريعي نعيد التذكير بما ذهب إليه قاضي القضاه الدكتور/ عوض المر حول وضع السلطة التشريعية في مصر.

---

(١) أنظر طرفاً من هذا الصراع مؤلفنا الدفوع في نطاق القانون العام ج ٤ .

لا تحكم مصر اليوم أغلبية برلمانية حقيقية. وسلطتها التشريعية مجرد واجهة للديمقراطية في صورتها الشكلية. والقوانين التي تنظرها وتناقشها هي التي صنعتها السلطة التنفيذية وعرضتها عليها، كي تقرها في جملتها، أو تعدلها بما لا يخل بالركائز الرئيسية التي تقوم عليها. وما يدور حولها من جدل بين أعضاء السلطة التشريعية ، ليس جدلاً حقيقياً يتوخي تقييم مظاهر القصور فيها، ولا أوجه التعارض بينها وبين الدستور، ولا تصحيحها بما يوافقها مع أحكامه. وإنما ينحل هذا الجدل في حقيقته إلى صورة مظهرية للحوار ، لا ينال من جوهر نصوص مشروع القانون المعروض عليها، لتظل أسسها على حالها مع تعديل بعض تفصيلاتها على استحياء، وبما يقتصر – غالباً – على مفرداتها اللفظية التي لا تؤثر صياغتها من جديد في المضمون المتكامل لمشروع القانون، ولا في الأغراض التي يتوخاها.

ويستحيل في إطار هذه الأوضاع، أن يكون للسلطة التشريعية سياستها الخاصة بها، ولا أن تناقض السلطة التنفيذية أو تعارضها في توجيهاتها. وكثيراً ما يكون سعيها لإرضائها، قبولاً كاملاً وفورياً بمشروع القانون المقدم منها، ولو كان مخالفاً للدستور.

وأعضاء السلطة التشريعية لا تعنيهم هيئة الناخبين التي يفترض أنها أنابتهم عنها في شئونها وخولتهم تصريفها، وهم يتصورون دوماً أنهم لا يحاسبون أمامها، وإنما أمام السلطة التنفيذية التي كان لها فضل ترشيحهم، ودعم حملتهم الانتخابية؛ وقهر خصومهم، وتحوير إرادة الناخبين سواء بتزييفها أو تشويهها، خاصة وأن عضويتهم في السلطة التشريعية تمنحهم حصانة يتعالمون معها كقناع يخفيهم عن يد القانون.

وكان على السلطة التشريعية بالتالي أن تقر القوانين التي اقترحتها السلطة التنفيذية، أياً كان قدر إخلالها بحقوق المواطنين وحرياتهم، لأنها صوتها وإرادة التعبير عن مطالبها أياً كان قدر جموحها.

والمواطنون يواجهون هذه الملهاة بأعين دامية فلم يكن الباطل يوماً قرين الحق، ولا الحق كلمة جوفاء يراد بها الهزل في مواطن الخطر. وكان من المفترض منذ بدء ثورة ٢٣ يوليو، أن ترقي بمواطنيها بما يكفل ارتفاع

رؤوسهم تيها. ولكنها خفضتها تارة من خلال تدابير استثنائية اتخذتها السلطة التنفيذية لإهدار كرامتهم؛ وطوراً من خلال قوانين كان عصفها بهم شديداً، ووقعها سيئاً حتى على حقهم في الحياة وجوهر حرياتهم.

ولم يكن أمام المحكمة الدستورية العليا إلا أن تعيد للحرية توازنها، وللقيم الإنسانية حقيقتها، وأن ترد إلى المواطنين حقوقاً طال غيابها. وهو ما وقع على الأخص بإبطالها قوانين العزل السياسي، وجانباً من قوانين مباشرة الحقوق السياسية، وقوانين تكوين السلطة التشريعية، وتشكيل المجالس الشعبية المحلية[1]. وكذلك بحرصها على ضمان جوهر الحرية الشخصية وحرية التعاقد والحق في الملكية. ولا تزال كثرة القوانين المعمول بها في مصر معيبة دستورياً بالنظر إلى تعبيرها عن إرادة السلطة التنفيذية في السيطرة على الحياة السياسية في مصر حتى تملكها من كل نواصيها وفي أدق تفصيلاتها، فلا يتنازعها أحد في شأن من شئونها، يعاونها في ذلك تنظيم حزبي من خلقها لا تقوم مع وجود تعددية حزبية حقيقية، ولا تداول للسلطة بين أغلبية وأقلية تتبادل مواقعها. إذ الأغلبية دوماً لحزبها، وهي تصطنعها بوسائلها وأدواتها. فلا تقوم قائمة للتغيير إلا من منظورها، ووفق تصورها الخاص، وفي الحدود التي تقبلها.

وصوتها وحده هو الأهم؛ وقراراتها هي الأحق بالإعتبار وموقفها من الحرية، هو ما تراه من أوصافها والقيود عليها؛ وكلمة القانون هي إجتهادها وفق مصالحها.

---

(١) أنظر في ذلك قضاء المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية "دستورية" ــ جلسة ٢١ يونيه ١٩٨٦ ــ قاعدة رقم ٥١ ــ ص ٣٥٣ وما بعدها من الجزء الثالث، وفي القضية رقم ٤٤ لسنة ٧ قضائية دستورية" ــ جلسة ٧ مايو ١٩٨٨ ــ قاعدة رقم ١٦ ــ ص ٩٨ وما بعدها من الجزء الرابع، والقضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية "دستورية" ــ جلسة ١٩ مايو ١٩٩٠ ــ قاعدة رقم ٣٣ ــ ص ٢٥٦ وما بعدها من الجزء الرابع؛ والقضية رقم ٤٩ لسنة ٦ ق "دستورية" ــ جلسة ٤ أبريل ١٩٨٧ ــ قاعدة رقم ٣ ــ ص ١٩ وما بعدها؛ والقضية رقم ٢ لسنة ١٦ ق "دستورية" ــ جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ ــ قاعدة رقم ٢٧ ص ٤٧٠ وما بعدها من الجزء السابع.

وفي ذلك تقويض للشرعية الدستورية. ومدخلها أن القانون هو الضمان النهائي للحرية؛ ولا حرية بغير ديمقراطية، ولا ديمقراطية بغير الهياكل والحقوق التي تفضي إليها، ويندرج تحتها وجود معارضة منظمة لها من قوتها وعناصر تماسكها، ما يوازن الأغلبية البرلمانية ويحملها على الاعتدال في مواقفها، ويصححها كذلك عند الاقتضاء[1].

---

(١) المستشار الدكتور عوض المر المرجع السابق ص ٤٢٠.

الفصل الأول
البرلمان من إساءة استعمال السلطات البرلمانية إلى الانحراف الدستوري

في رصدنا لعيب الانحراف التشريعي وجدنا أن هذا العيب يتصل بسلطة التشريع فقط ولا يمتد إلى نطاقين هامين الأول إساءة استعمال البرلمان لسلطاته والثاني الانحراف بالتعديل الدستوري الصالح العام ونقصد بإساءة استعمال البرلمان لسلطاته تلك الجوانب البرلمانية غير التشريعية وأهمها إسقاط العضوية عن بعض المعارضين لأسباب مختلفة والثاني إساءة استعمال سلطة طلب التفسير من المحكمة الدستورية العليا وبالنسبة للجانب الأول فمن الواضح للمحللين والمتابعين لسلوك البرلمان أنه أسقط عضوية العديد من المعارضين بالمخالفة للقواعد القانونية السليمة واستنادا إلى وجود الأغلبية التي تضمن له هذا الإسقاط وكان ذلك بدءاً من إسقاط عضوية السيد كمال الدين حسين وانتهاء بإسقاط عضوية السيد جمال حشمت مروراً بإسقاط عضوية السيد عاشور محمد نصر والسيد أبو العز الحريري والسيد عبدالفتاح حسن والسيد أحمد فرغلي والسيد خلف رسلان على نحو أبرز إلى حد كبير مدي هيمنة السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية(١). وإسقاط العضوية وإن كان عملاً برلمانيا وفقاً للمستقر عليه في الفقه والقضاء الإداري إلا أننا نعتبره قراراً إدارياً صادراً عن البرلمان بسلطته الإدارية وليس بسلطته التشريعية وعبارة عمل برلماني هي تخريج قضائي لإمكان إبعاد هذا العمل عن رقابة القضاء وعلى كل فإن هذا العمل مثل سائر الأعمال الأخرى للبرلمان كالفصل في صحة العضوية وإن ثار خلاف في خضوعة لقضاء الإلغاء إلا أن المستقر عليه خضوعه للتعويض

---

(١) أنظر تحليلاً لهذا السلوك في مؤلف د. فاروق عبدالبر دور مجلس الدولية المصري في حماية الحقوق والحريات العامة ج ٣ المجلد الأول ص ٣٥ وأنظر إسقاط عضوية السيد جمال حشمت مضبطة الجلسة العاشرة والجلسة الحادية عشر دور الانعقاد العادي الثالث في الفصل التشريعي الثامن لمجلس الشعب.

ع ن أخطاء البرلمان في هذا الخصوص متى سبب ضرراً بمن أسقطت عضويته ولكن محل اهتمامنا هو الجانب الآخر من أعمال البرلمان ألا وهو طلب تفسير النصوص التشريعية بالرغم من عدم توافر مناط الطلب ومع الأسف استجابت المحكمة الدستورية العليا لهذه الطلبات إلا أن هذه الاستجابة لا تطهر الطلب المقدم من البرلمان من وجود عيب إساءة استعمال السلطة بل والانحراف بسلطة طلب التفسير عن الصالح العام

البرلمان وإساءة استعمال سلطة طلب تفسير
النصوص التشريعية والانحراف بها عن الصالح العام

الأصل أن هناك شروطاً تطلبها المشرع عند طلب مجلس الشعب تفسير قانوني ملزم من المحكمة الدستورية العليا وهذه الشروط يجب أن تتوافر في طلب التفسير مجتمعة وانتفاء أي شرط منها يجعل طلب التفسير غير مقبول.

ولقد حددت كل من المادتين (٢٦)، (٣٣) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ الشروط والإجراءات الخاصة بمزاولة المحكمة الدستورية العليا لاختصاصها بالتفسير الملزم للنصوص التشريعية. وتتمثل تلك الشروط والإجراءات فيما يلي:-

١- أن يكون النص المطلوب تفسيره يدخل في الإختصاص التفسيري للمحكمة الدستورية.

٢- أن تطلب التفسير إحدى الجهات التي حددها القانون.

٣- أن يقوم وزير العدل بتقديم طلب التفسير للمحكمة الدستورية.

٤- أن يكون النص المطلوب تفسيره قد أثار خلافاً في التطبيق.

٥- أن يكون النص المطلوب تفسيره له أهمية تستدعي هذا التفسير.

٦- أن يتضمن طلب التفسير البيانات الأساسية التي حددها القانون.

والناظر لهذه الشروط يتضح له بسهولة أن الشرط الذي يمكن للبرلمان أن ينحرف بسلطته عنه هو أن يكون النص المطلوب تفسيره قد أثار خلافاً في التطبيق فباقي الشروط هي شروط شكلية وبعضها يحمل سلطة تقديرية كبيرة للبرلمان لا يمكن رقابته في استعمالها مثل أن يكون النص المطلوب تفسيره له أهمية تستدعي هذا التفسير.

وشرط الاختلاف في التطبيق يستبعد من نطاق الاختصاص التفسيري حالتان الأولى حالة طلب تفسير نصوص لم تطبق بعد وهو ما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٩٩٥/١٠/٢١ في طلب تفسير خمس مواد تضمنها القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٩٥ الخاص بالجرائم الصحفية والحالة الثانية استبعاد طلب تفسير النصوص المختلف حول تطبيقها بسبب خارج عن تلك النصوص كصلب الدستور الحالي وما تضمن من قوانين ثوابت تنظيم عضوية العمال في مجالس الإدارة وهو ما يجعل طلب التفسير غير مقبول(١).

وفي تحليله لاتجاهات المحكمة العليا ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا لضابط الاختلاف التطبيق ذهب أحد كبار الفقهاء(٢) إلى:-

يثور السؤال حول الجهات التي يستدعي الاختلاف بينها في تطبيق أحد النصوص القانونية الاتجاه صوب المحكمة الدستورية، لفض النزاع وبيان مفهوم النص الغامض. وبعبارة أكثر تحديداً هل يكفي وقوع خلاف بين الجهات الإدارية لقبول طلب التفسير، أم يلزم صدور أحكام قضائية متضاربة؟.

مطالعة نصوص قانون المحكمة العليا يكشف عن أن إرادة المشرع اتجهت بصورة واضحة إلى أن الخلاف المبرر للتفسير هو الخلاف الذي تكشف عنه الأحكام القضائية. فمناط اختصاص المحكمة العليا بالتفسير –

---

(١) المحكمة الدستورية العليا جلسة ١٩٨٩/٥/٢١ ج ٤ ص ٣٩٥.

(٢) أ.د. فتحي فكري اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلي بالتفسير سنة ١٩٩٨ دار النهضة العربية.

حسبما قضت به المادة الرابعة في بندها الثاني – ضمان وحدة "التطبيق القضائي" وتبعاً لذلك فإن الاختلاف في تطبيق النص بين جهات غير قضائية، لا يجيز طلب التفسير. والربط بين طلب التفسير من المحكمة العليا ووجود اختلاف في التطبيق القضائي كان مسلكاً محموداً من المشرع . فلو صدر قراراً تفسيرياً قبل عرض الأمر على القضاء لكان مؤداه – عملاً منع – المحاكم من القيام بدورها في تطبيق القانون.

وإذا كان المنع في الفرض السابق كلياً، فإنه أحياناً يتحقق بصورة جزئية، كما لو قدم طلب التفسير عقب حكم أول درجة وقبل أن يبدي قاضي الطعن رأيه في الموضوع، وسواء أكان المنع كلياً أو جزئياً، فإن عدم دستورية مؤكدة. فتطبيق القانون وبالتالي تحديد مضمونه من المهام التي أوكلها المشرع الدستوري للمحاكم طبقاً للقواعد المنظمة لها.

ولهذا لا يصح أن يقال أن عرض المسألة على المحكمة العليا للتفسير قبل إبداء المحاكم لرأيها في الموضوع، أو بعد قضاء أول درجة، هدفه توقي الخلاف المحتمل حدوثه، فمثل هذا القول يواجه خلافاً ظنياً، كما يحرم المحاكم من النهوض بدورها الطبيعي في تطبيق القانون، وهو ما لا يمكن الانحياز إليه مهما كانت المبررات.

ومع كل ما سبق فقد لاحظنا أن طلبات التفسير كانت تقدم للمحكمة العليا قبل تطبيقها نهائياً ، أو بعد تطبيقها ولكن دون خلاف حولها.

وكنموذج للحالة الأولي تحديداً نشير إلى طلب التفسير رقم (٣) لسنة (١) قضائية والذي تمثلت وقائعه كالتالي: "طلب وزير العدل بكتابه .. المؤرخ في ١٣ من أكتوبر سنة ١٩٧٠ تفسير المادة ٢٥ من نظام العاملين بالقطاع العام الصادر بقرار رئيس الجمهورية رقم ٣٣٠٩ لسنة ١٩٦٦ وأرفق بطلبه كتاباً بعث به إليه وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية تاريخه ١٦ من ديسمبر سنة ١٩٦٩ طلب فيه تفسير هذه المادة على النحو الذي تضمنته المادة الأولي من

التفسير التشريعي رقم ٥ لسنة ١٩٦٥ لقانون العاملين المدنيين بالدولة كما أرفق به كتاباً آخر بعث به إليه رئيس الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة تاريخه ٣٠ من أبريل سنة ١٩٧٠ طلب فيه استصدار تفسير يقضي باحتفاظ العامل بالقطاع العام الذي يعاد تعيينه بإحدى وظائف الحكومة أو العكس في درجة أو فئة أعلى بمرتبة الذي كان يتقاضاه إذا جاوز بداية مربوط الدرجة أو الفئة التي يعاد تعيينه فيها[١]".

ولا نلمح في هذه الوقائع التي أوردناها حرفياً كما وردت في القرار التفسيري، أي إشارة من قريب أو بعيد لخلاف في التطبيق بين المحاكم في الموضوع المثار.

فهل حاول المشرع حال إصداره لقانون المحكمة الدستورية العليا تفادي حدوث مثل تلك النماذج؟

المطالع لصياغة قانون المحكمة الدستورية العليا يكتشف أن المشرع لم يلق بالاً إلى هذه المسألة ، بل أن صياغته الظاهرية جاءت أقل إحكاماً من نظيرتها في قانون المحكمة العليا.

فالمادة ٢٦ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ قضت بأن "تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين.. إذا أثارت خلافاً في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها".

وكما هو واضح فإن النص وإن تطلب الخلاف في التطبيق، فإنه لم يحصره في التطبيق القضائي وحده. من هنا مال البعض إلى تطبيق النص القانوني يقصد به "دخوله إلى حيز التنفيذ الفعلي سواء تم ذلك بمعرفة السلطة القضائية أو بمعرفة السلطة التنفيذية أو بمعرفتهما معاً". ومن ثم يستوي أن

---

(١) المحكمة العليا (تفسير) ١٩٧١/٥/١ ـ المجموعة الرسمية (قرارات التفسير من إنشاء المحكمة العليا حتى نهاية ديسمبر سنة ١٩٧٦) ص ٢٨.

يكون النص القانوني المطلوب تفسيره قد تم تطبيقه بمعرفة القضاء أو بمعرفة السلطة التنفيذية"[١].

وهذا التحليل من شأنه أن يفضي بنا إلى وضع أقرب لما عرفناه في ظل المحكمة العليا وقد سبق وأن رأينا الخطورة التي ينطوي عليها ذلك الوضع.

وحاول البعض الدفاع عن الرأي السابق وعدم تطلب صدور أحكام متعارضة لاستيفاء شرط الخلاف في التطبيق بالإشارة إلى "أن المشرع قد نظم حالة صدور أحكام متعارضة وبين كيفية مواجهتها وهو يمثل اختصاص آخر للمحكمة الدستورية العليا فلم يكن المشرع يقصد من اشتراط إثارة النص المطلوب تفسيره لخلاف في التطبيق أن يصل هذا الخلاف إلى حد صدور أحكام متعارضة بسبب الخلاف حول مدلوله ولم يقتض أن يأخذ هذا الخلاف مظهر تعارض في الأحكام أو أن يكون هذا التعارض هو معيار الخلاف[٢].

والحقيقة أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالفصل "في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخري منها"[٣]. لا يحول دون التحفظ على الاتجاه المناصر لإمكانية تقديم طلب التفسير دون صدور أحكام متضاربة بشأن النص المطلوب تفسيره.

ففض التنازع بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين ، والذي تختص به المحكمة الدستورية العليا طبقاً لقانونها، لا علاقة له بالخلاف في التطبيق الناجم عن الاختلاف في تفسير نص قانوني. فالمحكمة الدستورية العليا حينما تباشر اختصاصها بفض التنازع بين الأحكام النهائية المتناقضة يقتصر دورها على تحديد الجهة التي تختص بالنزاع أو التي لها ولاية الفصل فيه لتعطي لحكمها الأولوية في التنفيذ.

---

(١) محمد عبدالعال السناري – المرجع السابق – ص ١٣٧.

(٢) جرجي شفيق ساري – المرجع السابق – ص ٢٤١.

(٣) المادة ٢٥ (ثالثاً) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

والأمر أشبه بتنازع إيجابي على الإختصاص لم يحسم في مهده. وتأكيداً لذلك أوضح القاضي الدستوري أن "قضاء هذه المحكمة قد جري على أن الطلب الذي يرفع إليها للفصل في مسائل تنازع الإختصاص بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الإختصاص القضائي ، أو في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادرين من جهتي قضاء، ليس طريقاً من طرق الطعن في الأحكام القضائية – كما أن المحكمة الدستورية العليا – وهي بصدد الفصل في تنازع الإختصاص أو في النزاع حول تنفيذ الأحكام المتناقضة – لا تعتبر جهة طعن في هذه الأحكام ولا تمتد ولايتها إلى بحث مدي مطابقة تلك الأحكام للقانون أو تصحيحها، بل يقتصر بحثها على تحديد أي الجهات القضائية المتنازعة هي المختصة بالفصل في النزاع أو أي الحكمين المتناقضين صدر من الجهة التي لها ولاية الحكم في النزاع فيكون أولي بالتنفيذ"(١).

وحاول البعض – وهو بسبيل بيان مفهوم ضابط الخلاف في التطبيق – الربط بين الجهة الطالبة للتفسير ومعنى الخلاف في التطبيق.

فالنص القانوني "الذي يثير خلافاً في التطبيق، يكون قد أثار هذا الخلاف عند قيام جهات مختلفة بتنفيذه، أو عند قيام محاكم مختلفة بتطبيقه، فهو في الحالتين يثير خلافاً في التطبيق. ولذلك رأينا أن نص المادة ١/٣٣ من قانون المحكمة يجيز تقديم طلب التفسير من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء (خلاف في التنفيذ) أو بناء على طلب المجلس الأعلى للهيئات القضائية (خلاف في التطبيق).

---

(١) المحكمة الدستورية العليا (تنازع) – ١٩٨٤/١/٢١ – المجموعة الرسمية – ج (٣) سبق ذكره – ص ٣٨٠، وأنظر أيضا على سبيل المثال:-
المحكمة الدستورية العليا (منازعة تنفيذ) – ١٩٩٢/٧/٤ – المجموعة الرسمية ج (٥) المجلد الثاني – سبق ذكره – ص ٤٩٣.

"ولذلك إذا كان طلب التفسير قدم بناء على طلب من رئيس مجلس الوزراء فإنه يشترط لقبول الطلب أن يكون النزاع في التفسير قد ثار بين جهات مختلفة تتولي تنفيذ النص القانوني المختلف في تفسيره، كما يشترط ألا يكون الباعث على تقديم الطلب هو تقديم التفسير في منازعة قضائية قائمة.

"أما إذا كان طلب التفسير قد قدم بناء على طلب من المجلس الأعلى للهيئات القضائية فإنه يشترط في هذه الحالة أن يكون النص القانوني قد أثار خلافا بين المحاكم حول تفسيره، الأمر الذي يستلزم أن تكون هناك أحكاما متعارضة، ويرجع سبب تعارضها إلى الاختلاف في تفسير النص. غير أنه لا يشترط في هذه الأحكام أن تكون قد صدرت من محكمة النقض أو المحكمة الإدارية العليا، إنما يكفي أن يتبين للمجلس الأعلى للهيئات القضائية، أن الاتجاه القضائي غير مستقر على تفسير معين من النصوص برغم تماثل الحالات الواقعية..."[١].

وهذا التصور يفضل سابقه من زاوية تطلبه لصدور أحكام متعارضة لطلب التفسير المقدم من المجلس الأعلى للهيئات القضائية، أي في أحد فروض التفسير المقدم من المجلس الأعلى للهيئات القضائية، أي في أحد فروض التفسير. إلا أن ذلك لا يمنع من عدم قبوله بصورة كلية، ولأسباب عدة:

حاول الرأي السابق تحديد معنى الخلاف في تطبيق النص اعتمادا على الجهة الطالبة لتفسيره. فإذا كانت الحكومة وراء الطلب، فإنه لا يشترط صدور أحكام متعارضة، أما إذا كان المجلس الأعلى للهيئات القضائية هو الذي يقف وراء الطلب، فلابد من تعارض الأحكام.

إلا أن هذا الرأي فاته أن إجراءات التفسير لا تحركها الحكومة والمجلس الأعلى للهيئات القضائية فقط، فالسلطة التشريعية ممثلة في رئيس مجلس الشعب بمكنتها أن تطلب من وزير العدل التقدم بطلب التفسير. فما معنى الخلاف في التطبيق في هذا الفرض؟

---

(١) رمضان أبو السعود ـ مقدمة القانون المدني ـ ١٩٨١ ـ ص ٥٤٥.

وهكذا فإن التصور السابق للخلاف في التطبيق المرتكز على الجهة الطالبة للتفسير لم يتسم باستغراقه لكافة الجهات التي أقر لها القانون مكنة طلب تفسير النصوص القانونية.

لم تميز الأعمال التحضيرية – كما سنري – في تحديد معنى الخلاف في التطبيقات بين الجهات المخولة بتحريك طلب التفسير..

لنا أن نتساءل هل من المنطقي أن نعول في تحديد مفهوم الخلاف في التطبيق على الجهة الطالبة للتفسير، أم على مبرر التفسير وهو غموض النص وعدم إمكانية القطع بالمعنى المراد منه. وهذا الغموض لا يمكن القول بتوافره إلا بصدور أحكام يعارض بعضها البعض بسبب تفسيرها المتناقض لذات النص.

عدم تطلب صدور أحكام متعارضة حال تحريك الحكومة طلب التفسير يمس في اعتقادنا حق التقاضي. فالحكومة ستعرض الأمر على المحكمة الدستورية العليا للتفسير، وستصدر الأخيرة قراراً ملزماً بالتفسير الواجب الإتباع.

وإذا تصورنا وجود دعاوى في وقت لاحق حول النص، فلن تأت الأحكام الصادرة فيها بجديد ، أكثر من تأكيد القرار التفسيري.

فهل يمكن القول بكافة حق التقاضي في مثل هذه الحالات؟

وتتضح خطورة الوضع إذا لاحظنا أن المجلس الأعلى للهيئات القضائية لم يلجأ إلى طلب التفسير من القاضي الدستوري إلا في حالة وحيدة من ناحية، وتتعلق بشئون القضاء من ناحية ثانية[1].

---

(١) أنظر القرار التفسيري للمحكمة الدستوري العليا الصادر في ٣ مارس ١٩٩٠ – والمنشور في الجزء الرابع من مجموعة أحكامها – ص ٢٩٩، وسنعرض فيما بعد لتفصيلاته.

ولم يقدم رئيس مجلس الشعب أي طلب لوزير العدل لعرض تفسير نص على المحكمة الدستورية العليا.

وهكذا فإن طلبات التفسير تقدم – كقاعدة – من الحكومة.

من هنا نرجح حمل اصطلاح الخلاف في التطبيق على حالة وجود أحكام قضائية متعارضة. وتعضد الأعمال التحضيرية للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ هذا الاتجاه ففي تعليقها على مشروع قانون المحكمة الدستورية العليا أوضحت اللجنة التشريعية أنه "يشترط لاختصاص المحكمة بالتفسير أن يكون النص المطلوب تفسيره قد أثار خلافاً في التطبيق، أي صدرت أحكام متعارضة في شأنه..."[١].

وساند فريق من الفقه اللجنة التشريعية في رؤيتها فاشتراط الاختلاف في التطبيق القضائي لإثارة الاختصاص التفسيري "يتفق مع الشرط الذي أوردته المادة ٢٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا، حيث نصت على أن تفسير القوانين يكون "إذا أثارت خلافاً في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضي وحدة تفسيرها" فما دام التفسير يجري بهدف تحقيق وحدة التطبيق، فإن معنى هذا أنه عندما لا يوجد تعارض في الأحكام فإن الحكمة من طلب التفسير من المحكمة تكون منتفية، حيث لا توجد تفسيرات متضاربة بشأن نص معين تستدعي تدخل المحكمة الدستورية العليا في التفسير لضمان وحدة التطبيق[٢]".

وهنا يثور السؤال إلى أي اتجاه انحازت قرارات المحكمة الدستورية العليا.

---

(١) تقرير اللجنة التشريعية عن مشروع قانون المحكمة الدستورية العليا – منشور في النشرة التشريعية – عدد أغسطس ١٩٧٩ – ص ٢٥٥٦ ، وردت الفقرة المشار إليها ص ٣٥٧٧.

(٢) رمزي الشاعر – النظام الدستوري المصري – ١٩٩٠ – ص ٣٥٣.

تأمل القرارات التفسيرية للقاضي الدستوري يفيد أنه لم يأخذ بظاهر النصوص، فلم نعثر على قرار تفسيري صدر بمناسبة خلاف في تطبيق نص تشريعي بين جهات إدارية أو بين تلك الجهات وأخرى إفتائية.

إلا أننا نعتقد أن صدور أحكام قضائية دون تحديد لا يكفي. فقد يطلب التفسير عقب صدور حكم من محكمة أول درجة يتعارض مع رأي جهة استشارية. كما قد يصدر حكم من جهة القضاء العادي، وآخر من جهة القضاء الإداري من محاكم الدرجة الأولي في الجهتين.

وفي الفرضين، رغم صدور أحكام قضائية، يؤدي قبول طلب التفسير إلى الإخلال بدور القاضي في تطبيق القانون (الفرض الأول) ويهدر تعدد درجات التقاضي (الفرض الثاني).

لا بد إذن من استيفاء الخلاف في التطبيق لضابط مزدوج: الحفاظ على وظيفة المحاكم في تطبيق القانون، وضمان تعدد درجات التقاضي.

وبالفعل توجد مجموعة قرارات تفسيرية التزمت بذلك الضابط المزدوج. إلا أنه توجد قرارات أخري أخلت بدور المحاكم في تطبيق القانون، وناقض البعض الآخر مبدأ تعدد درجات التقاضي.

وعلى هدي ما تقدم يمكن تصنيف القرارات التفسيرية الصادرة في الموضوع إلى ثلاث مجموعات:

أولاً:- قرارات تقيدت بدور المحاكم في تطبيق القانون ومبدأ تعدد درجات التقاضي

يمثل هذا الاتجاه القرارات التفسيرية التي صدرت عقب حدوث خلاف بين محكمتين من المحاكم العليا التي تتربع كل منها على قمة جهة قضائية.

ويندرج في هذا الإطار القرار التفسيري الصادر في ٢ أبريل ١٩٨٨. فقد وقع خلاف بين محكمة النقض والمحكمة العليا للقيم حول تفسير الفقرة الأولى من المادة السادسة من القرار بقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ والقاضية بإحالة جميع المنازعات المتعلقة بالحراسة والمطروحة على المحاكم الأخرى بجميع درجاتها إلى محكمة القيم ما لم يكن قد قفل فيها باب المرافعة قبل العمل بأحكام القانون المشار إليه.

فقد كان من رأي محكمة النقض عدم شمول النص لطعون النقض.

على نقيض ذلك انتهت المحكمة العليا للقيم في عدة أحكام صدرت في ١٣ فبراير ١٩٨٣ إلى أن الفقرة محل البحث جاءت عباراتها واضحة في عمومها وإطلاقها بما مؤداه اختصاص محكمة القيم دون غيرها بنظر جميع المنازعات المتعلقة أو المترتبة على فرض الحراسة بما في ذلك تلك المعروضة على قضاء النقض.

وحسما لهذا الخلاف أصدرت المحكمة الدستورية العليا قراراً تفسيرياً أعلنت فيه(١) عدم شمول اختصاص محكمة القيم بمنازعات الحراسة الطعون المعروضة على محكمة النقض، واستندت المحكمة في قرارها – بصفة أساسية – على دعامتين:

أولاً:- أن خصومة الطعن بالنقض "تعتبر طريق غير عادي لا يؤدي إلى طرح ذات الخصومة التي كانت مرددة بين أطرافها أمام محكمة الموضوع بل إلى طرح خصومة أخرى لها ذاتيتها الخاصة تدور حول صحة تطبيق القانون على الوقائع التي خلص إليها الحكم المطعون فيه وأثبتها، ولا تستهدف كقاعدة عامة إحلال حكم جديد محل الحكم المطعون...".

---

(١) المحكمة الدستورية العليا (تفسير) – ٢ أبريل ١٩٨٨ – ج ٤ – ص ٣٧٧.

ثانياً:- شمول الإحالة للطعون القائمة أمام محكمة النقض ينطوي على إسقاط الأحكام النهائية "التي سبق صدورها في الموضوع" وهو أمر لا يملكه المشرع ولا يتصور أن تكون إرادته قد اتجهت إليه لخروجه عن حدود ولايته التي بينها الدستور والتي لا تمتد بحال إلى حد إهدار الأحكام القضائية..".

وفي نفس الإطار يندرج القرار التفسيري الصادر في عام ١٩٩٠.

فقد قدم إلى المحكمة الدستورية طلب تفسير من وزير العدل بناء على طلب المجلس الأعلى للهيئات القضائية لتفسير نص المادة ٣١ من قانون التأمين الاجتماعي رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ ، وذلك لتحديد وظيفة عضو الهيئات القضائية المعادلة لدرجة نائب وزير والذي يعامل معاملته في المعاش، وبيان ما إذا كان يتسع نطاقها ليشمل الوظيفة القضائية متى بلغ مرتب شاغلها ما يعادل مرتب نائب الوزير إعمالاً لتعديل قانون السلطة القضائية رقم ١٧ لسنة ١٩٧٦.

وكان خلافاً في تطبيق النص قد ثار بين محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا ومحكمة النقض حول المسألة.

وسبب الخلاف على ما يبين من حيثيات القرار التفسيري أن قوانين السلطة القضائية المتتالية بدءاً من سنة ١٩٥٩ وحتى قانون ١٩٦٥ كانت تنص على معاملة رئيس محكمة النقض معاملة الوزير من حيث المعاش وأن يعامل كل من "نواب رئيس محكمة النقض" (وشاغلي الوظائف القضائية الأخرى المعادلة) "معاملة من هو في حكم درجته في المعاش".

إلا أن القانون الأخير رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ لم يشر إلى هذه الميزة ، وهو ما قد يفهم منه اتجاه إرادة المشرع إلى إلغائها.

لم توافق المحكمة الدستورية العليا في قرارها التفسيري على هذا التخريج مستندة بصفة رئيسية إلى أنها "وقد أصبحت باطراد النص عليها في قانوني السلطة القضائية السابقين دعامة أساسية في النظام الوظيفي لرجال

القضاء فإنه لا يجوز حرمانهم منها لما يترتب على ذلك من الانتقاص من المزايا المقررة، وهو ما يتعارض مع ما أفصح عنه المشرع في المذكرة الإيضاحية للقانون الحالي من أن من بين ما استهدفه هذا القانون (توفير المزيد من الضمانات والحوافز لرجال القضاء وتأمين حاضرهم ومستقبلهم وسعي بالنظام القضائي نحو الكمال)".

وعززت المحكمة تدليلها بالإشارة إلى أن قانون السلطة القضائية الحالي "صدر في ظل قانون التأمين والمعاشات الصادر بالقرار بقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٣ الذي أوجب عدم تجاوز المعاش حداً أقصي حددته المادة ٢١ بالنسبة (للوزراء ومن يتقاضون مرتبات مماثلة)، مما يستفاد منه أن الإحكام الخاصة بمعاش الوزير أو نائب الوزير وفقاً للمادة (٢٢) من القانون المشار إليه لا تسري فحسب على من يشغل وظيفة وزير أو نائب وزير وإنما تسري كذلك على من يتقاضون مرتباً مماثلاً لمرتب الوزير أو نائب الوزير أي من هو في حكم درجته، وبالتالي لم يكن قانون السلطة القضائية الحالي في حاجة إلى تكرار النص من جديد على تلك الميزة التي أصبحت باطراد النص عليها في القوانين السابقة أصلاً ثابتاً في النظام الوظيفي لرجال القضاء، تدخل ضمن ما عناه المشرع في القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ بإصدار قانون التأمين الاجتماعي القائم بالنص في الفقرة الأولي من المادة الرابعة من قانون الإصدار على أن (يستمر العمل بالمزايا المقررة في القوانين والأنظمة الوظيفية للمعاملين بكادرات خاصة) مما مفاده أن معاملة كل من شاغلي الوظائف القضائية الكبري معاملة من هو حكم درجته في المعاش ميزة مقررة لهم ظلت قائمة حتى صدور قانون التأمين الاجتماعي الحالي واستمر العمل بها طبقاً لنص الفقرة الأولي من المادة الرابعة من قانون إصداره".

وبعد أن بينت معنى الوظيفة المعادلة ، قررت المحكمة الدستورية العليا اعتبار نائب رئيس محكمة الاستئناف ومن في درجته من أعضاء الهيئات القضائية في حكم درجة نائب الوزير ويعامل معاملته من حيث المعاش

المستحق غير الأجر الأساسي والمعاش المستحق عن الأجر المتغير وذلك منذ بلوغه المرتب المقرر لنائب الوزير...."[1].

وقد لا يحدث الخلاف في التطبيق بين محكمتين تتربع كل منهما على قمة جهة قضائية، وإنما بين محكمة عليا وإحدى هيئات التحكيم، وهو ما حدث بين محكمة النقض وبعض هيئات التحكيم المشكلة للفصل في منازعات شركات القطاع العام (قطاع الأعمال الآن) حول الفقرة الرابعة من المادة الثالثة من القرار بقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ بتأميم بعض الشركات والمنشآت المعدلة بالقرار بقانون رقم ١٤٩ لسنة ١٩٦٢[2] لبيان مدي مسئولية الدولة عن التزامات الشركات المؤممة السابقة على التأميم وما إذا كانت الدولة ملزمة بالوفاء بها ولو أثناء قيام الشركة المؤممة ، أم تظل الشركة في هذه الأثناء هي المسئولة وحدها مسئولية كاملة عن كافة التزاماتها السابقة على التأميم ولا يكون إعمال مسئولية الدولة عن هذه الالتزامات إلا عند انتهاء الشركة وتصفيتها.

وقد رأت المحكمة الدستورية العليا أن الشركة المؤممة هي المسئولة عن التزاماتها السابقة على التأميم، ولا محل لمساءلة الدولة عن تلك الالتزامات إلا حال تصفية الشركة ، وأسست رأيها على أن الشارع لم ينقل ملكية الشركات المؤممة مباشرة إلى الدولة بقصد تصفيتها وانقضاء شخصيتها الاعتبارية قبل التأميم، وإنما نقل إليها ملكية أسهم الشركات المؤممة مع الإبقاء على شخصيتها الاعتبارية قبل التأميم "بحيث تظل هذه الشركات محتفظة بنظامها القانوني وذمتها المالية مستقلين عن شخصية وذمة الدولة....".

---

(١) المحكمة الدستورية العليا (تفسير) – ١٩٩٠/٣/٣ – المجموعة الرسمية – ج (٤) الأحكام من يناير ١٩٨٧ – يونيو ١٩٩١ ص ٣٩٩.

(٢) طبقا للفقرة المشار إليها:-

"لا تسأل الدولة عن التزامات الشركات والمنشآت المشار إليها في المادة (١) إلا في حدود ما آل إليها من أموالها وحقوقها في تاريخ التأميم".

واستمرار الشخصية الاعتبارية والذمة المالية للشركة المؤممة "من شأنه أن تكون الشركة هي وحدها المسئولة مسئولية كاملة عن كافة الالتزامات التي تحملت بها قبل التأميم وأن تمتد هذه المسئولية طوال قيام الشركة..."[(١)].

ويثور التساؤل حول جواز الاحتكام إلى المحكمة الدستورية العليا بطلب التفسير عند وجود الخلاف بين دائرتين من دوائر محكمة عليا كمحكمة النقض.

وقد يبدو للوهلة الأولي انتفاء فرصة مقابلة هذا الفرض. فالمادة الرابعة من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ تنص على أن "تشكل الجمعية العامة لمحكمة النقض هيئتين بالمحكمة كل منها من أحد عشر مستشاراً برئاسة رئيس المحكمة أو أحد نوابه أحدهما للمواد الجنائية والثانية للمواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية وغيرها.

"وإذا رأت إحدى دوائر المحكمة العدول عن مبدأ قانوني قررته أحكام سابقة أحالت الدعوى إلى الهيئة المختصة بالمحكمة للفصل فيها وتصدر الهيئة أحكامها بالعدول بأغلبية سبعة أعضاء على الأقل.

"وإذا رأت إحدى الدوائر العدول عن مبدأ قانوني قررته أحكام سابقة صادرة من دوائر أخري أحالت الدعوى إلى الهيئتين مجتمعين للفصل فيها، وتصدر الأحكام في هذه الحالة بأغلبية أربعة عشر عضواً على الأقل".

وكما هو جلي فإن النص يتغيا عدم حدوث خلاف بين دائرتين من دوائر قضاة النقض. ولكن عملياً لا تنعدم فرصة الخلاف بين دوائر النقض . كما لو عرض الموضوع على دائرتين فتتخذ كل منهما – في ذات التوقيت – موقفاً مناقضاً للأخرى. وفضلاً عن ذلك يتصور أن تطرح على إحدى الدوائر مشكلة سبق لنفس الدائرة أو لدائرة اخري الفصل فيها، وتري الدائرة المثارة أمامها

---

(١) المحكمة الدستورية العليا (تفسير) – ١٩٨٣/٣/١٩ – المجموعة الرسمية – ج (٢) الأحكام من أكتوبر ١٩٨١ – ديسمبر ١٩٨٢ – ص ٢١٦.

المشكلة أخيرا حسمها برأي مغاير دون إحالتها إلى الهيئة المختصة. وقد يرجع هذا الموقف إلى تجاهلها أو عدم علمها بالمبدأ السابق إقراره.

والأمر لا يتعلق بفرض نظري، فهناك تطبيق عملي يجسده. فقد حدث أن دائرتين من دوائر النقض اختلفا حول تفسير الفقرة الثالثة من المادة ٢٩ من القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ بشأن الحجز الإداري.

فكان رأي إحدى الدوائر أن إعلان المحجوز عليه بصورة من محضر الحجز طبقاً للفقرة الثالثة من المادة المبينة أعلاه ينبغي أن يتم بموجب كتاب موصي عليه مصحوب بعلم الوصول.

على خلاف ذلك اتجهت دائرة ثانية إلى أن هذا الإعلان يجب أن يتم بواسطة ورقة من أوراق المحضرين تعلن وفقاً للقواعد المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية.

وقد رأينا كيف حسمت المحكمة الدستورية العليا الخلاف مؤيدة للرأي الأول اعتمادا على أن قانون المرافعات بمثابة نص عام واجب التطبيق لعدم وجود نص خاص باستبعاده[1].

وهذا القرار التفسيري فض النزاع بين دائرتين من دوائر محكمة النقض بما يكفل وحدة التطبيق دون أن يخل بدرجات التقاضي السابق استنفاذها.

في الأمثلة السالفة لا غبار على القرار التفسيري من زاوية التقيد بدور المحاكم في تطبيق القانون واحترام مبدأ تعدد درجات التقاضي. فقد طرح الموضوع على الجهات القضائية المختصة وأبدت رأيها فيه، واستنفدت طرق الطعن. وأمام إصرار كل جهة من الجهات المتنازعة على موقفها، تدخل القرار التفسيري لينهي الخلاف، ويوحد تطبيق النص ، تحقيقاً للمساواة بين المراكز المتماثلة، ليحفظ للقواعد القانونية عموميتها وتجريدها.

---

(١) المحكمة الدستورية العليا (تفسير) – ١٩٩٢/١/٤ – سبق ذكره.

ثانياً:- قرارات اصطدمت بدور المحاكم في تطبيق القانون:

اتجهت المحكمة الدستورية العليا إلى قبول طلبات التفسير لمجرد وجود خلاف بين جهة قضائية (محكمة النقض) وأخري إفتائية ممثلة في الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة[1]. وقد حدث ذلك لأول مرة عام ١٩٨٨ فيما يتعلق بالمادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية لعام ١٩٨٠ والخاصة باحتساب مدة التجنيد في الخبرة أو الأقدمية.

فبينما قضت محكمة النقض بسريان النص على كافة المجندين المؤهلين منهم وغير المؤهلين استنادا إلى عمومية النص، ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى أن تطبيق النص مقصور على الحاصلين على مؤهلات دراسية، واستنادا إلى تتبع المراحل المختلفة التي عرفها النص وكذا المذكرات الإيضاحية، على التفصيل الذي أوردناه في موضع أخر.

واتفق تفسير المحكمة الدستورية العليا مع تفسير الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، ولذات الأسباب تقريبا[2].

---

(١) يفترض أن الرأي الذي أبدته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع قد طبق عملاً. أما إذا ظلت الفتوى حبيسة الإطار النظري، فإن تعارضها مع أحكام النقض لا يفتح الباب للتفسير. لأنه لا يوجد خلاف في التطبيق الذي يسير على ما قضت به الأحكام.
ومن هنا كان رفض المحكمة الدستورية العليا لتفسير المادة الخامسة من الفصل الثاني من الجدول رقم (٢) الملحق بالقانون رقم ٢٢٤ لسنة ١٩٥١ بتقرير رسم دمغة لبيان مدي خضوع الودائع الآجلة بالبنوك لهذا الرسم، وذلك في الفترة السابقة على عل عمل بالقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٨٠ الذي نص على إعفائها من هذا الرسم. فقد ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، في فتوى لم تطبق ، إلى عدم خضوع الودائع لرسم الدمغة، أما محكمة النقض فقد اعتبرت الودائع الآجلة قروضا وأخضعتها لهذا الرسم.
فالخلاف الذي حدث كان نظرياً، أما في الواقع، وهو محل طلب التفسير، فلم يكن هناك إلا حكم محكمة النقض.
المحكمة الدستورية العليا (تفسير) - ١٩٨١/١٢/٥ - المجموعة الرسمية - ج (٢) المرجع السابق - ص ٢٠٥.

(٢) المحكمة الدستورية العليا (تفسير) - ١٩٨٨/٥/٧ - سبق ذكره..

وفي اعتقادنا أن هذا القرار منع القاضي الإداري، إذا عرض عليه النزاع، من تطبيق القانون طبقاً لرؤيته، فلا مناص وقد صدر قرار تفسيري من المحكمة الدستورية العليا من التزامه والتقيد به. ولا يقلل من هذا النقد الاستناد إلى تبني القاضي الدستوري لوجهة نظر الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع. فالجمعية العمومية للفتوي والتشريع جهة إفتاء وبالتالي لا إلزام لرأيها[١]. وعلى ذلك لا يوجد ما يمنع مخالفة الأحكام لرأي جهات الإفتاء، ولو تعلق الأمر بفتوى مصدرها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع. وتأكيداً لهذا الاستخلاص، وأن كان لا يحتاج إلى تأكيد، نشير إلى أن اختلاف الرأي بين المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع حول اعتبار الأفعال المؤثمة جنائياً من قبيل الأخطاء الشخصية.

فالمحكمة الإدارية العليا مستقرة على أن الأفعال التي ترقي لمرتبة الجريمة تتصف بالجسامة وتقع في نطاق دائرة الخطأ الشخصي، كالموظف "الذي يستعمل سطوة وظيفته في وقف تنفيذ حكم أو أمر أو طلب من المحكمة...."[٢]، أو الخطأ الصادر من صاحب الشأن وقدم عنه للمحاكمة الجنائية وتمثل في مخالفته "لأوامر قيادته البحرية ولوائح المرور"[٣].

على النقيض من ذلك تطالعنا أكثر من فتوى للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لا تربط فيها بين ارتكاب الموظف لجريمة والخطأ

---

(١) هناك فرض وحيد قرر فيه المشرع إلزامية رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع وذلك في المنازعات التي تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين المؤسسات العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض.
الفقرة (ء) من المادة ٦٦ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة.

(٢) المحكمة الإدارية العليا ـ ١٩٥٩/٦/٦ ـ الموسوعية الإدارية الحديثة ـ إعداد نعيم عطية ـ حسن الفكهاني ـ الجزء (٢٣) قاعدة (٣٠) ص ٥٢.

(٣) المحكمة الإدارية العليا ـ ١٩٦٧/١١/١٢ ـ المبادئ في خمسة عشر عاما (١٩٦٥ ـ ١٩٨٠) ص ٢٢٣٧.

الشخصي[١]، خصوصاً في المسائل التي تتعلق بجرائم غير عمدية[٢].

وخطورة الوضع السابق كان ينبغي أن تحول دون تكرار قبول المحكمة العليا لتفسير نص نشب خلاف حوله بين جهة قضائية وأخري ليس لها إلا إبداء الرأي.

إلا أنه حديثاً تكرر قبول المحكمة الدستورية العليا لطلب التفسير عقب الخلاف بين محكمة النقض والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة حول البدل النقدي الذي يستحقه العامل عن رصيد أجازاته عند انتهاء خدمته المنظم بالمادة ٤٧ من قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١.

فمحكمة النقض قدرت استحقاق العامل للبدل أياً كان مقدار رصيد أجازاته. على عكس ذلك قصرت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع هذا الحق على ما يقابل رصيد الإجازات بما لا يجاوز ثلاثة أشهر.

وبعد أن استعرضت المحكمة الدستورية العليا التطور التشريعي للمسألة، والربط بين النصوص الحاكمة لذات الموضوع، خلصت إلى أن استحقاق البدل النقدي مشروط بألا يتجاوز رصيد الإجازات ثلاثة أشهر[٣].

ثالثاً:- قرارات مست مبدأ التقاضي على درجتين

يجسد هذا القسم القرار التفسيري الصادر في ٣٠ يناير ١٩٩٢ ، فقد وقع الخلاف بين المحكمة العسكرية العليا، ومحكمة القضاء الإداري حول الفقرة الثانية من المادة السادسة من قانون الأحكام العسكرية لسنة ١٩٦٨ والقاضية

---

(١) الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع – ١٩٧٢/٥/٣١ – الموسوعة الإدارية... – المرجع السابق – ج (١٣) قاعدة ٣٢ ص ٣٥.

(٢) في تفاصيل موضوع العلاقة بين الجرائم والأخطاء الشخصية في فرنسا ومصر – راجع مؤلفنا: مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية – ١٩٩٥ – ص ٢٣٤٧ وما بعدها.

(٣) المحكمة الدستورية العليا (تفسير) – ١٩٩٥/٧/٣ – سبق ذكره – وقد عرضنا سلفاً لحيثيات القرار.

بحق رئيس الجمهورية – متى أعلنت حالة الطوارئ – أن يحيل إلى القضاء العسكري أياً من الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات أو أي قانون آخر.

فقد كان رأي المحكمة العسكرية العليا أن اصطلاح "الجرائم" ورد عاماً، ومن ثم يشمل كل جريمة معاقباً عليها قانوناً سواء كانت محددة بنوعها تحديداً مجرداً أم كانت معينة بذاتها بعد ارتكابها فعلاً.

ولم تقر محكمة القضاء الإداري هذا الاتجاه وأعلنت أن لفظ "الجريمة" يتميز بأنه "يشير إلى نوع الأفعال المعاقب عليها دون تفريد أو تشخيص " وهو بذلك يختلف عن القضية" لأنها تشير إلى ما تتصل به جريمة معينة بمتهم مجدد. ويجري هذا الاتصال بحدوث الفعل المجرم ونسبته إلى مرتكب معين سواء في مرحلة جمع الاستدلالات أو التحقيق أو المحاكمة. وأن لفظ الجريمة استخدم في قانون الأحكام العسكرية بالمعني السابق في أكثر من نص. ومن المنطقي أ يتغير مفهوم (الجريمة) و (الجرائم) في الاستخدام التشريعي له في القانون ذاته ولتحديد اختصاص المحاكم ذاتها والجريمة في مفاد أحكام هذه النصوص كلها ذات مدلول واحد يتعلق بنوعيات الأعمال التي جرمها القانون وعاقب عليها"[١].

وعلى أثر هذا الاختلاف طلبت الحكومة من المحكمة الدستورية العليا تفسير المادة (٦) من قانون الأحكام العسكرية التي انتصرت لاتجاه المحكمة العسكرية العليا مرتكزة بصفة أساسية على عمومية اصطلاح "أية جريمة"[٢].

ولا شك أن تدخل القرار التفسيري في الفرض المطروح مس مبدأ التقاضي على درجتين، فالقرار الصادر من المحكمة الدستورية العليا يلزم المحكمة الإدارية العليا، وعلى ذلك يضحي حكمها بمثابة تحصيل حاصل ولقد

---

(١) محكمة القضاء الإداري – ١٩٩٢/١٢/٨ – دعوى رقم ٧٦٣ لسنة ٤٧ ق . غير منشور.
(٢) المحكمة الدستورية العليا (تفسير) – ١٩٩٣/١/٣٠ – سبق ذكره.

أوضحت المحكمة الإدارية العليا بالفعل أن مخالفة حكم محكمة القضاء الإداري للقرار التفسيري الذي أصدره القاضي الدستوري أحد أسباب قبول الطعن الموجه إليه[١].

وذهب أحد كبار رجال القضاء في تحليله[٢] لاتجاهات المحكمة الدستورية العليا في هذا الخصوص إلى تجاوز السلطة التنفيذية القانون في طلبات التفسير وتخطي المحكمة الدستورية المدى الذي يتفق مع القانون بتفسير نصوص تشريعية دون أن تقوم أية منازعات قضائية متصلة بالمواد التي تم طلب تفسيرها وإن كان هناك مجرد خلاف في الرأي حول تفسيرها[٣].

كما أشار إلى ما سبق وعرضناه حول طلب التفسير رقم ٣ لسنة ٨ ق والذي كان بمناسبة طعن السيد كمال الدين حسين حيث أوضحت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الرائع ضوابط طلب التفسير من المحكمة العليا على نحو أوضح الانحراف في استعمال سلطة طلب التفسير في هذا الخصوص ونخلص في وقائع هذا الطلب في أنه قد أسقط مجلس الشعب عضوية السيد كمال الدين حسين. ولما فتح باب الترشيح في دائرته السابقة تقدم بطلب للترشيح لكن مدير الأمن رفض قبول أوراق ترشيحه. ولما قضت محكمة القضاء الإداري في ١٩٧٧/٣/٦ في الدعوى رقم ٧٢١ لسنة ٣١ ق بوقف تنفيذ القرار السلبي بامتناع جهة الإدارة عن قبول أوراق ترشيح السيد المذكور قبلت الإدارة أوراق ترشيحه. غير أن لجنة الفصل في الاعتراضات قامت في ١٩٧٧/٣/١٥ برفع اسمه من كشف المرشحين بناء على اعتراض مرشحين آخرين عليه،

---

(١) المحكمة الإدارية العليا - ١٩٩٣/٥/٢٣ - طعن رقم ٥١٥ف لسنة ٣٩ ق - مجلة قضايا الدولة - ١٩٩٣ - العدد الثالث - ص ٢١٧ - أ. د. فتحي فكري المرجع السابق ص ١٣٥ وما بعدها. وما جاء بالمتن هو تخريج كامل من مؤلفه سالف البيان.

(٢) د. فاروق عبد البر دراسات في حرية التعبير واستقلال القضاء وضمانات التقاضي ص ٨٣ وما بعدها.

(٣) قرار المحكمة العليا الطلب رقم ٢ لسنة ٧ ق عليا تفسير وقرار المحكمة العليا في الطلب رقم ١ لسنة ٨ ق عليا تفسير.

فلجأ ثانية إلى محكمة القضاء الإداري طاعناً في قرار لجنة الاعتراضات قائلاً: أن الإدارة وقد أخفقت في الدعوى رقم ٧٢١ لسنة ٣١ ق وراحت تتلمس العون من المحكمة العليا في إصدار تفسير تشريعي للمادتين ٩٤ و ٩٦ من الدستور بناء على الطلب رقم ٣ لسنة ٨ ق عليا الذي تقدم به السيد وزير العدل في ١٩٧٧/٣/٦ والذي انتهت فيه المحكمة في ١٩٧٧/٣/١٥ إلى "أن إسقاط العضوية عن عضو مجلس الشعب لفقد الثقة والاعتبار أو للإخلال بواجبات العضوية تطبيقاً للمادة ٩٦ من الدستور يترتب عليه حرمانه من الترشيح لعضوية المجلس خلال الفصل التشريعي الذي أسقطت عضويته فيه، أما إسقاط العضوية المبنى على فقد شروط العضوية أو فقد صفة العامل أو الفلاح التي انتخب العضو على أساسها فلا يحول دون ترشيحه مرة أخري ولو في الفصل التشريعي ذاته متى توافرت فيه هذه الصفة أو تلك الشروط"، على الرغم من أن المحكمة العليا غير مختصة طبقاً لقانون إنشائها بتفسير الدستور.

وقد انتهت محكمة القضاء الإداري(١) إلى أنه أياً كان الرأي في شأن عيوب عدم المشروعية التي شابت قرار التفسير التشريعي، سواء بسبب مناسبة إصداره في ضوء الظروف التي لابستها، أو ما قيل في شأن تجاوز المحكمة العليا لحدود اختصاصها المحدد بالقانون، أو لغير ذلك من الأسباب، فإن محاكم مجلس الدولة لا تملك التعقيب على ما انتهي إليه هذا التفسير. ولما كان القرار المطعون فيه قد استند إلى القرار التفسيري المشار إليه أو بالأقل قد انتهي إلى استبعاد اسم المدعي من كشف المرشحين لعضوية مجلس الشعب على أساس أن إسقاط العضوية تطبيقاً للمادة ٩٦ من الدستور يترتب عليه حرمان العضو من الترشيح لعضوية المجلس خلال الفصل التشريعي الذي أسقطت فيه العضوية، وهو ذات ما انتهي إليه التفسير التشريعي الصادر من المحكمة العليا، فإن طلب وقف التنفيذ يكون قد افتقد ركن الجدية ويتعين لذلك الحكم برفضه.

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٧٧/٣/٢٩، ق ٨٢٩، س ٣١ ق.

وقد تعرضت محكمة القضاء الإداري للتفسير الصادر من المحكمة العليا في الطلب رقم ٣ لسنة ٨ ق عليا وقالت في شأنه[١]:-

ليس من شك في أن تحويل المحكمة العليا الاختصاص بإصدار تفسير تشريعي ملزم للجهات القضائية أمر له خطورته، لأنه يترتب عليه حرمان المحاكم من حقها الطبيعي في تفسير القانون وتأويله، والكشف عن أوجه النظر المختلفة التي قد تثور في شأنه إلى أن يستقر القضاء على الرأي الذي يتفق مع الهدف الاسمي وهو تحقيق العدالة.

ولما طعن في حكم محكمة القضاء الإداري سالف الذكر انتهت المحكمة الإدارية العليا إلى إلغائه وبوقف تنفيذ القرار المطعون فيه[٢]. وقالت المحكمة: أن الاختصاص المخول للمحكمة العليا بتفسير النصوص القانونية تفسيراً ملزماً مقصوراً على النصوص القانونية الأدنى من الدستور ولا يتعداها إلى الدستور ذاته، لذا فإن ما تصدره المحكمة العليا من تفسيرات للدستور لا تلحقها قوة الإلزام التي خولها قانون المحكمة العليا لتفسير النصوص القانونية وإن جاز الاهتداء بها كرأي في فهم الدستور. وإذا خلصت المحكمة إلى أن قرار التفسير رقم ٣ لسنة ٨ ق المشار إليه غير ملزم لها، فقد بحثت مشروعية قرار لجنة الاعتراضات المطعون فيه وانتهت إلى عدم مشروعيته.

وقد تناولت المحكمة الإدارية العليا التفسير الملزم الصادر من المحكمة العليا في الطلب رقم ٣ لسنة ٨ ق عليا وقالت في شأنه[٣]:-

---

(١) حكم المحكمة في ١٩٧٧/٣/٢٩ في الدعوى رقم ٨٢٩، س ٣١ ق ، والتفسير المقصود هنا هو التفسير الصادر في الطلب رقم ٣ لسنة ٨ قضائية عليا والذي أشرنا إليه سلفاً.

(٢) حكم المحكمة في ١٩٧٧/٤/٩ ، ق ٣٤٠، س ٢٣ ق.

(٣) حكم المحكمة في ١٩٧٧/٤/٩، ق ٣٤٠، س ٢٣ق.

ويلاحظ أن الجمعية العمومية لمستشاري مجلس الدولة تبنت في اجتماعها في ١٩٧٨/٢/٢٥ ما قالت به المحكمة، عند دراستها لمشروع قانون المحكمة الدستورية العليا، إذ قالت: أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية لا يقتصر عليها وحدها، وإنما يشاركها فيه جهتا القضاء العادي والإداري وعلى رأس

أن المحكمة تري من واجبها أن تنوه إلى أن المسارعة إلى طلب استصدار تفسير ملزم من المحكمة العليا بمناسبة نظر منازعة بذاتها أمام قاضيها الطبيعي، وفي النقطة الحاسمة في هذه المنازعة، ينطوي ولا ريب على مصادرة لحقي التقاضي والدفاع اللذين كفلهما الدستور في المادتين ٦٨، ٦٩ منه، فقد نصت المادة الأولي على أن التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي. ونصت المادة الثانية على أن حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول. فطلب التفسير على النحو سالف البيان ينطوي في الواقع من الأمر على عدوان بالغ على حق الخصوم في الدفاع عن حقوقهم أمام قاضيهم الطبيعي، وإبداء وجهات نظرهم المختلفة، ومصادرة لحق المحكمة في أن تقول كلمتها في تفسير النص القانوني الواجب التطبيق على المنازعة، يصل إلى حد انتزاع سلطة الفصل في الدعوى من قاضيها الطبيعي، إذ يتقلص دوره إلى مجرد تطبيق التفسير الملزم الذي صدر في غيبة صاحب الشأن ودون أدني دفاع من جانبه. ويتنافي كل ذلك مع اطمئنان المتقاضي الواجب تحقيق كل أسبابه ومقوماته. وينطوي في الوقت ذاته على امتهان لقاضي المنازعة، لأن في مواجهته بتفسير للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق على المنازعة صدر خصيصاً لها ما يوحي بعدم الاطمئنان إلى صلاحيته للتصدي لموضوع المنازعة وإنزال حكم القانون الصحيح عليها، وهو أمر جد خطير ، ينال من مقومات العدالة في الصميم ويمس كبرياء القاضي وكرامته، وهو أمر لا يسوغ السكوت عنه، ويتعين إعلان الاحتجاج عليه. واتقاء لهذه المآخذ فإن المحكمة تهيب بالمسئولين – إلى أن يصدر قانون المحكمة الدستورية العليا ليحل محل قانون المحكمة العليا الذي صدر مصاحباً الاعتداء على السلطة القضائية – أن يكفوا عن طلب تفسير القانون من المحكمة العليا،

الأولي محكمة النقض والثانية المحكمة الإدارية العليا. وينبغي أن يحاط اختصاص المحكمة الدستورية العليا بضمانات أهمها ألا يطلب التفسير بمناسبة منازعة معروضة على القضاء ، وإلا كان في ذلك نزع للخصومة من قاضيها الطبيعي ومنع الخصوم من الدفاع عن وجهات نظرهم إذ يتم التفسير في غيبتهم، مما يتعارض مع حكم المادة ٦٨ من الدستور. أنظر: مجلة مجلس الدولة، السنة السابعة والعشرون، ص ٢٩٦.

ليس فقط بمناسبة منازعات بذاتها مطروحة على القضاء وإنما أيضاً حيثما تكون المنازعة في تفسير القانون وتأويله مثارة في أكثر من منازعة أمام المحاكم، ذلك لأن مهمة توحيد المبادئ القانونية في هذه الحالة منوطة قانوناً بمحاكم الطعن التي نصبها القانون لهذا الغرض. كما تهيب المحكمة بالسلطة التشريعية أن تسارع في إصدار قانون المحكمة الدستورية العليا، متضمناً الضوابط الكفيلة باستعمال حق تفسير النصوص القانونية على وجه يصون التقاليد القضائية الأصلية ويحفظ هيبة القضاء وسيادته.

ويلاحظ في الحالة السابقة أن السيد وزير العدل التجأ إلى المحكمة العليا طالباً تفسير المادتين ٩٤ و ٩٦ من الدستور في نفس اليوم الذي أخفقت فيه الإدارة في الدعوى رقم ٧٢١ لسنة ٣١ ق أمام محكمة القضاء الإداري، بصدور الحكم بوقف تنفيذ قرار الإداري السلبي بامتناع جهة الإدارة عن قبول أوراق ترشيح السيد كمال الدين حسين، على الرغم من عدم وجود أحكام متعارضة، وإنما كان طلب التفسير بقصد تقييد محكمة القضاء الإداري بتفسير المحكمة العليا عند نظرها الطعن في قرار لجنة الاعتراضات برفع اسمه من كشوف الناخبين.

قرار المحكمة الصادر في الطلب رقم ٢ لسنة ٦ قضائية عليا (تفسير)[1].

انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بفتوى لها صادرة في ١٩٧٥/٤/٩ إلى عدم مشروعية الأمر العسكري رقم ٦ لسنة ١٩٧٣ الذي قضى في المادة الثانية منه بمعاقبة مالك العقار أو من له حق تأجيره إذا امتنع عن تأجيره بالعقوبة المنصوص عليها فيها، كما تخول المحافظ

(١) قرار المحكمة في ١٩٧٦/٥/١٥، مجموعة قرارات التفسير الصادرة من المحكمة في الفترة من إنشاء المحكمة العليا سنة ١٩٧٠ حتى نهاية ديسمبر سنة ١٩٧٦ ، قاعدة رقم ٢٢ ، ص ١٦٧.

سلطة تأجير الوحدة السكنية إذا ظلت شاغرة مدة تزيد على شهرين، استنادا إلى أن هذا الأمر صدر في مسألة منبتة الصلة بالسلامة العامة وأغراض الأمن القومي التي نص عليها الدستور وعبر عنها قانون الطوارئ بالأمن والنظام العام، ومن ثم يكون قد صدر دون مراعاة الضوابط والحدود التي رسمها الشارع لإصدار تلك الأوامر.

وقد اعترض نائب رئيس الوزراء ووزير الداخلية بصفته نائباً للحاكم العسكري العام بمقتضي قرار رئيس الجمهورية رقم ٥٧ لسنة ١٩٧٣ على هذه الفتوى استنادا إلى أن لسلطة الطوارئ طبقاً للمادة الثالثة من قانون الطوارئ الصادر بالقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ المعدل بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ أن تتخذ التدابير المناسبة للمحافظة على الأمن والنظام العام أياً كان نوعها، وأن تقرير مقتضيات الأمن والنظام العام التي توجب اتخاذ التدابير وتقدير مناسبته مما يستقل به من خوله الشارع سلطة اتخاذه، وأنه ليس بلازم أن يكون التدابير من بين التدابير المنصوص عليها في المادة الثالثة من قانون الطوارئ، ولذلك يكون الأمر العسكري المذكور صادراً في حدود السلطة المخولة لنائب الحاكم العسكري بمقتضي هذه المادة.

طلب وزير العدل بكتابه المؤرخ ١٩٧٥/٥/٢٤ من المحكمة العليا تفسير المادة ٣ من قانون الطوارئ الصادر بالقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ المعدل بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ لبيان قصد الشارع من عبارة "التدابير المناسبة للمحافظة على الأمن والنظام العام" الواردة بها. وهل يتسع نص المادة ٣ المشار إليها لما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة الثانية من الأمر العسكري رقم ٦ لسنة ١٩٧٣ من تخويل المحافظين سلطة تأجير العقارات المبنية إذا استمرت شاغرة مدة تزيد على شهرين أم أن هذا الأمر قد جاوز حدود المادة المذكورة.

وقد انتهت المحكمة في طلب التفسير سالف الذكر إلى ما يلي:-

أولاً:- أن التدابير التي نصت عليها الفقرة الأولي من المادة الثالثة من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ المعدلة بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ قد وردت على سبيل التمثيل لا الحصر، ومن ثم يكون للحاكم العسكري العام ولمن ينوب عنه سلطة تقديرية لا تقف عن هذه التدابير فله أن يجاوزها ويتخذ ما يراه من التدابير، بشرط أن تكون ضرورية ولازمة للمحافظة على الأمن والنظام العام.

ثانياً:- أن تخويل المحافظين بمقتضي الفقرة الثانية من المادة الثانية من الأمر العسكري رقم ٦ لسنة ١٩٧٣ سلطة تأجير المساكن إذا استمرت شاغرة مدة تزيد على شهرين وفقاً للأولويات المحددة بمعرفة الأجهزة والمجالس المختصة – يعتبر تدبيراً يقتضيه إقرار النظام العام في الظروف الاستثنائية التي تجتازها البلاد، ومن ثم فإن هذه الفقرة لا تجاوز حدود المادة الثالثة من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ المعدل بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ المشار إليه وأهدافها المتعلقة بالمحافظة على الأمن والنظام العام.

ويلاحظ أن السيد وزير العدل التجأ إلى المحكمة العليا طالباً تفسير المادة ٣ من قانون الطوارئ رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨، التفافاً على الفتوى التي أصدرتها أكبر هيئة استشارية في مجلس الدولة وهي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، وذلك في محاولة لإهدارها، وكان للسلطة التنفيذية ما تريد.

وبخصوص التفسير التي قدمت إلى المحكمة الدستورية العليا وقراراتها التفسيرية الصادرة بشأنها ذهب الفقيه إلى:-

تصدت المحكمة الدستورية العليا لتفسير بعض النصوص القانونية تفسيراً ملزماً، إعمالاً لاختصاصها الوارد في الدستور والقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، وكانت أهم قراراتها التفسيرية في هذا المجال – في رأينا – هي:-

أ- قرار المحكمة الصادر في الطلب رقم ١ لسنة١٥ قضائية (تفسير)[١]:

وهو الخاص بمفهوم الجرائم التي يجوز لرئيس الجمهورية إحالتها للقضاء العسكري.

ويلاحظ في هذه الحالة أن السيد وزير العدل التجأ إلى المحكمة الدستورية العليا طالباً تفسير المادة ٢/٦ من قانون الأحكام العسكرية، بعد أن صدر حكم نهائي – وإن كان غير بات – من محكمة القضاء الإداري، وذلك لإلزام المحكمة الإدارية العليا بعد ذلك بالتقيد بما ينتهي إليه قرار التفسير الذي يصدر من المحكمة الدستورية العليا وقد كان.

ب- قرار المحكمة الصادر في الطلب رقم ١ لسنة ٢٦ قضائية (تفسير)[٢]:

بتاريخ ٢٠٠٣/١٢/٢٢ و ٢٠٠٣/١٢/٢٤ قضت المحكمة الإدارية العليا في الطعنين رقمي ٢١١٨ لسنة ٥٠ ق و ٢٤٠٢ لسنة ٥٠ ق بأن من فاز في الانتخابات رغم تخلف أحد شروط الترشيح لعضوية مجلس الشعب في شأنه، ولم يصدر حكم ببطلان عضويته، لا يجوز لمجلس الشعب أن يصدر قراراً بقبول استقالته، وأنه يتعين الالتفات عن هذه الاستقالة وقرار قبولها، وإنزال صحيح حكم القانون عند اتخاذ إجراءات إعادة الانتخاب لشغل مثل هذه الدائرة في ضوء بطلان ترشيح شاغلها بداءة ، بحيث يقتصر إجراء الانتخابات التكميلية عن من كان مرشحاً في الانتخابات الأولي.

وفي ٢٠٠٤/١/٦ طلب السيد وزير العدل من المحكمة الدستورية العليا تفسير نص المادتين الخامسة والثامنة عشرة من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب، وذلك بناء على طلب السيد الدكتور رئيس مجلس

---

(١) مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الخامس – المجلد الثاني، قاعدة رقم ١، ص ٤١٧.

(٢) قرار المحكمة في ٢٠٠٤/٣/٧.

الوزراء، تأسيساً على أن النصين السابقين قد أثارا خلافاً في تطبيقهما وفيما ترتب عليهما من آثار. وتضاربت أحكام القضاء الإداري بشأن من له حق الترشيح في الانتخاب التكميلي الذي يجري طبقاً لنص المادة الثامنة عشرة من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب في الدوائر التي تخلو إعمالاً للتفسير الذي انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا فيمن تخلف في شأنه أحد الشروط التي نصت عليها المادة الخامسة من ذات القانون وسبق فوزه في الانتخابات، وهل يقتصر الترشيح على من سبق اشتراكهم في تلك الانتخابات، أم يفتح باب الترشيح أمام كل من توافر فيه شروطه وقت إجراء الانتخاب التكميلي، إذ ذهبت بعض أحكام محكمة القضاء الإداري إلى فتح باب الترشيح لكافة المرشحين الذين تتوافر فيهم شروط الترشيح لعضوية مجلس الشعب، إذا كان من تخلفت فيهم تلك الشروط قد قدموا استقالاتهم وقبلها مجلس الشعب وقرر خلو دوائرهم الانتخابية لهذا السبب، وأنه لا يجوز للقضاء الإداري بسط رقابته على قرار مجلس الشعب بقبول استقالة هؤلاء الأعضاء بمقولة أنه كان يتعين على المجلس تقرير بطلان عضويتهم لا قبول استقالاتهم، إذ أن هذا الأمر يتعلق بصحة العضوية ويعد من الأعمال البرلمانية التي لا يجوز للقضاء بسط رقابته عليها إعمالاً لمبدأ الفصل بين السلطات، وقد سارت إدارة الفتوى لوزارة الداخلية بمجلس الدولة على ذات الدرب، وانتهي رأيها إلى فتح باب الترشيح لكل من تتوافر فيهم شروط الترشيح لعضوية مجلس الشعب حال صدور قرار من ذلك المجلس ببطلان عضوية أحد أعضائه وخلو المكان طبقاً للمادة ٩٤ من الدستور.

وأضاف السيد الدكتور رئيس مجلس الوزراء أن المحكمة الإدارية العليا وقد انتهجت منهجاً مخالفاً على النحو سالف الذكر، فإنه نتيجة لتضارب الأحكام تباينت قرارات وزارة الداخلية بشأن إجراءات فتح باب الترشيح في الدوائر التي تجري فيها انتخابات تكميلية طبقاً لنص المادة الثامنة عشر من قانون مجلس الشعب، حال تخلف أحد الشروط التي تطلبها القانون في مادته الخامسة للترشيح لعضوية ذلك المجلس.

وإزاء اضطراب التفسير والتأويل واختلاف التطبيق والرؤي وتضارب الأحكام القضائية بشأن تفسير نص المادتين الخامسة والثامنة عشرة من قانون مجلس الشعب، ولتعلقهما بحق دستوري بالغ الأهمية هو حق الترشيح لعضوية مجلس الشعب، فقد طلب السيد وزير العدل بناء على كتاب السيد الدكتور رئيس مجلس الوزراء عرض الأمر على المحكمة لإصدار تفسير تشريعي للنصين المذكورين.

وقد انتهت المحكمة الدستورية العليا في ٧ مارس سنة ٢٠٠٤ إلى أن صدر نص المادة الثامنة عشرة من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب يعنى أنه إذا خلا مكان أحد المنتخبين قبل انتهاء مدة عضويته بسبب الاستقالة أو الوفاة أو بطلان العضوية أو إسقاطها، يجري انتخاب تكميلي لانتخاب من يحل محله، وذلك بفتح باب الترشيح أمام جميع من تتوافر في شأنهم شروط الترشيح لعضوية مجلس الشعب وقت إجراء الانتخاب التكميلي.

ويلاحظ في هذه الحالة أنه لم يكن هناك تضارب في الأحكام يقتضي طلب تفسير تشريعي من المحكمة الدستورية العليا، لأنه إذا كان هناك رأي سابق لإدارة فتوى الداخلية أو لمحكمة القضاء الإداري فقد انتهت محكمة الطعن وهي المحكمة الإدارية العليا إلى حكم بات وحد التفسير القانوني للنص، وبالتالي لم يعد هناك مجال للقول بان هناك خلافاً في التطبيق يحتاج اللجوء في شأنه لطلب التفسير من المحكمة الدستورية. وبالتالي فإنه كان على المحكمة الدستورية العليا – في رأينا – أن تقضي بعدم قبول طلب التفسير لعدم توافر شروط قبوله.

ج- قرار المحكمة الصادر في الطلب رقم ١ لسنة ٢٤ قضائية (تفسير)(١):

انتهت المحكمة الإدارية العليا – دائرة توحيد المبادئ – في ٢٠٠٠/١٢/٧ في الطعن رقم ١٩٧٣ لسنة ٤٧ ق إلى أنه يشترط فيمن يرشح لعضوية مجلس الشعب أو يستمر في عضويته أن يكون قد أدي الخدمة العسكرية الإلزامية أو أعفي من أدائها طبقاً للقانون. ولا يعتبر التهرب من أداء الخدمة العسكرية الإلزامية حتى تجاوز سن التجنيد بمثابة الإعفاء قانوناً من أدائها في مفهوم تطبيق حكم المادة الخامسة بند (٥) من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الشعب.

وعلى الرغم من الحكم المذكور الصادر من دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا، فقد طلب السيد وزير العدل بتاريخ ٢٠٠٣/٣/٢٨ من المحكمة الدستورية العليا تفسير المادة الخامسة والفقرة الأخيرة من المادة السادسة من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب وذلك بناء على طلب السيد دكتور رئيس مجلس الشعب، تأسيساً على أن النصين سالفي الذكر قد أثارا خلافاً في تطبيقهما وتضاربت أحكام القضاء الإداري فيما تضمناه من معان. فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري على اشتراط أداء الخدمة العسكرية أو الإعفاء من أدائها قانوناً فيمن يرشح لعضوية مجلس الشعب، ولم تجز قبول أوراق المطعون على ترشيحه الذي لم يؤد الخدمة العسكرية أو أعفي منها قانوناً، على سند من أن من يتخلف عن أداء هذا الواجب الوطني لا يغدو أهلاً لأمانة تمثيل الأمة بمجلسها النيابي، وقد تأيد هذا القضاء من دائرة فحص الطعون بالمحكمة الإدارية العليا، إلا أن المحكمة المذكورة عدلت عن قضائها السابق وأجازت ترشيح من تخلف عن أداء الخدمة العسكرية وتجاوز عمره الخامسة والثلاثية لعضوية مجلس الشعب، وأقامت قضاءها على أن المنطق وصحيح التفسير القانوني لنصوص الدستور والقانون يأبيان أن يحرم من تخلف

---

(١) قرار المحكمة في ١٧ أغسطس سنة ٢٠٠٣.

عن أداء الخدمة العسكرية من حقوقه السياسية حرماناً مؤبداً، حال كونه تخلفه هذا يشكل جنحة لا يرد الاعتبار لمرتكبها إذا عوقب بعقوبة الغرامة، في حين أن من ارتكب بطريق الغش جناية التخلص من أداء الخدمة العسكرية، وهي جريمة عقوبتها أشد وتمس الشرف والنزاهة يحرم مؤقتاً من مباشرة حقوقه السياسية، إذ يرد إليه هذا الحق بعد انقضاء فترة زمنية محددة أو إذا رد إليه اعتباره. ونتيجة لتضارب تلك الأحكام، فقد تباينت قرارات وزارة الداخلية بشأن اعتماد كشوف المرشحين لعضوية مجلس الشعب، فقبلت أوراق ترشيح بعض من تجاوزا سن الخامسة والثلاثين ولم يقدموا شهادة أداء الخدمة العسكرية أو الإعفاء منها، واستلزمت في حالات أخري تقديم تلك الشهادة.

وأضاف السيد رئيس مجلس الشعب في كتابه سالف الذكر، أنه بإعادة طرح الموضوع على محكمة القضاء الإداري قضت بأن التخلف عن أداء واجب الخدمة العسكرية يصم صاحبه بفقدان الثقة والاعتبار، وينحسر عنه بالتالي شرط حسن السمعة مما يحول بينه وبين شرف تمثيل الأمة، ومن ثم لا يجوز ترشيحه لعضوية مجلس الشعب، وقعت عليه عقوبة أم لم توقع رد إليه اعتباره أم لا. وإذا طعن على هذا القضاء أمام المحكمة الإدارية العليا، قررت دائرة فحص الطعون بها وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه وأحالت الطعن إلى دائرة المحكمة الإدارية العليا (موضوع)، حيث نظرته وقررت إحالته إلى الدائرة المشكلة طبقاً لحكم المادة (٥٤ مكرراً) من قانون مجلس الدولة، فقضت تلك الدائرة بالحكم سالف الذكر.

وإزاء هذا الخلاف – كما يقول كتاب طلب التفسير – في تطبيق نص المادة (٥) فقرة (٥) والفقرة الأخيرة من المادة (٦) من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الشعب، فقد قدم طلب التفسير سالف الذكر.

وقد انتهت المحكمة الدستورية العليا في ١٧ أغسطس ٢٠٠٢ إلى أن نص البند (٥) من المادة (٥) والفقرة الأخيرة من المادة (٦) من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب، يعني أنه يشترط فيمن يرشح لعضوية

مجلس الشعب أن يكون قد أدي الخدمة العسكرية الإلزامية أو أعفي من أدائها طبقاً للقانون، وأن الإعفاء المقرر بنص الفقرة الأخيرة من المادة (٦) لا يغني عن وجود توافر الشرط المتقدم فيمن جاوز الخامسة والثلاثين من عمره.

ويلاحظ هنا أنه بصدور حكم المحكمة الإدارية العليا (دائرة توحيد المبادئ) ، فقد حسم الموضوع، ولم يعد هناك خلاف يبرر اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا لطلب التفسير منها. لذلك كان الأمر – في رأينا – يقتضي من المحكمة الدستورية العليا أن تقرر عدم قبول طلب التفسير لعدم توافر شروط قبوله.

د- قرار المحكمة الصادر في الطلب رقم ٢ لسنة ٢٦ قضائية (تفسير):

بتاريخ ٢٠٠٤/١/٢٩ طلب السيد وزير العدل من المحكمة الدستورية العليا بكتابه رقم ١٥٩ تفسير الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية المعدل بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٦٧ لسنة ٢٠٠٠ وذلك بناء على طلب السيد الدكتور رئيس مجلس الوزراء تأسيساً على أن هذا النص قد أثار خلافاً في تطبيقه، فقد قررت محكمة الطعن في طعون مجلس الشعب أرقام ٩٥٧، ٧٩٧، ٢٢٢، ٢٣٤، ٢٢٣ لسنة ٢٠٠٠ أن هيئة قضايا الدولة وهيئة النيابة الإدارية هيئتان قضائيتان في مفهومه، وسايرت الاتجاه ذاته محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بجلسة ٢٠٠٠/١٠/١٧ في الدعوى رقم ٨٥ لسنة ٥٥ قضائية، بيد أن محكمة النقض عادت واتخذت منحى مغايراً بما قررته في الطعنين الرقيمين ٩٤٩ و ٩٥٩ لسنة ٢٠٠٠ حاصله أن الهيئتين عينهما ليستا من الهيئات القضائية التي عنتها المادة ٨٨ من الدستور، وإنما فرعان من فروع جهات الإدارة التابعة للسلطة التنفيذية، ممثلة في وزارة العدل. وخلصت ترتيباً على هذا النظر إلى بطلان إجراءات الانتخابات التي تمت تحت إشراف أعضاء من هاتين الهيئتين.

وأضاف طلب التفسير أن توحيد تفسير ذلك النص له أهمية بالغة لتعلقه

بالشروط الواجب توافرها في أعضاء اللجان التي تشرف على عملية الاقتراع، ووجوب صحته باعتباره المدخل الطبيعي لصحة العضوية في مجلس الشعب والشورى، ولتعلقه كذلك بممارسة واحد من الحقوق الدستورية الأساسية وتنظيم مباشرتها.

وقد انتهت المحكمة الدستورية العليا في ٧ مارس سنة ٢٠٠٤ إلى عكس ما انتهت إليه محكمة النقض في الطعنين رقمي ٩٤٩ و ٩٥٩ لسنة ٢٠٠٠، حيث ذهبت إلى أنه يقصد بعبارة "الهيئات القضائية" الواردة بنص الفقرة الثانية من المادة (٢٤) من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ كل هيئة يسبغ عليها الدستور أو القانون الصادر بإنشائها أو تنظيمها صفة "الهيئة القضائية" وتنضم بهذه الصفة إلى تشكيل المجلس الأعلى للهيئات القضائية، ويصدق ذلك على هيئتي قضايا الدولة والنيابة الإدارية.

ويلاحظ في هذه الحالة أنه إذا كان هناك تعارض بين ما انتهت إليه محكمة النقض، فإن الذي كان يحسم الخلاف هو دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة وليس المحكمة الدستورية العليا. إن طلب التفسير في هذه الحالة قصد به أن يتقيد الجميع – بمن فيهم دائرة توحيد المبادئ – بتفسير المحكمة الدستورية.

ثانياً:- صور اللجوء إلى المحكمة الدستورية في طلبات التفسير وموقف المحكمة الدستورية منها ورأينا فيها:

يبين من القرارات التفسيرية السابقة أنه عندما يلجأ السيد وزير العدل إلى المحكمة العليا ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا طالباً تفسير نص قانوني ما، فإن لهذا اللجوء ثلاث صور، أولي هذه الصور أن يلجأ إلى المحكمة العليا لتفسير نص قانوني لم يعرض أمره على القضاء بعد ولم يكشف الواقع عنه أنه يثير خلافاً في التطبيق العملين وأنه إزاء مجرد تباين الرأي في تفسيره فإنه يطلب من المحكمة تفسيره لأهميته وضمانا لوحدة التطبيق القضائي. وثاني هذه الصور أن يلجأ إلى المحكمة الدستورية العليا بصدد نص قانوني قام القضاء

بتفسيره بمناسبة حكم نهائي غير بات أصدره. وثالث هذه الصور أن يلجأ إلى المحكمة الدستورية العليا بصدد نص قانوني قام القضاء بتفسيره بمناسبة حكم بات أصدره سواء من محكمة الطعن أو من الدائرة المنوط بها توحيد المبادئ القانونية. وفي الصورة الأولي تلزم المحكمة العليا كافة المحاكم بإتباع التفسير الذي انتهت إليه عندما يعرض على هذه المحاكم في المستقبل أمر تفسير النص الذي فسرته هي قبلاً. وفي الصورة الثانية يقطع تفسير المحكمة الدستورية العليا الملزم الطريق على صدور حكم بات قد يقضي بتفسير مخالف لتفسيرها وتلتزم محكمة الطعن الممثلة في محكمة النقض أو المحكمة الإدارية العليا وهما من نفس مرتبتها بإتباع التفسير الذي انتهت إليه سواء قبلت هاتان المحكمتان هذا التفسير أو رفضته. وفي الصورة الثالثة تهدر المحكمة الدستورية العليا التفسير الذي قضى به الحكم البات إذا كان مخالفاً لتفسيرها وذلك بالنسبة للمستقبل.

وفي طلبات التفسير التي تعرضنا لها سلفاً تجاوزت السلطة التنفيذية للقانون في طلبات التفسير حين طلبت من المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص قانونية بهدف تقييد محكمة الطعن بتفسيرها، وحين طلبت تفسير نصوص قانونية حسم فيها الأمر وتوحد فيها التفسير من قبل محكمة الطعن. كما تجاوزت المحكمة الدستورية العليا المدى الذي يتفق مع القانون في تفسيرها الملزم للقانون، حين قبلت طلبات تفسير نصوص قانونية بهدف تقييد محكمة الطعن بتفسيرها وحين قبلت طلبات تفسير نصوص قانونية توحد فيها التفسير سلفاً من قبل محكمة الطعن إذن فقد وصل التجاوز إلى حد انتزاع الدعوى دون سند قانوني من قاضيها الطبيعي لتملي عليه المحكمة الدستورية تفسيراً معيناً عند قضائه فيها، وإلى إهدار حق المتقاضي في نظر قضيته أمام قاضيه الطبيعي، وفي كفالة حقه الدستوري في الدفاع، وفي حقه في استنفاذ طرق الطعن المقررة قانوناً. بل ووصل الاعتداء على المحاكم في المستقبل تبني تفسيرها هي حتى إذا كان مخالفاً لمبادئ قانونية سابقة أرستها محاكم الطعن، وبغض النظر عما إذا كانت هذه المحاكم توافق على تفسير المحكمة الدستورية أو ترفضه.

وأخيراً فإن هذا السلوك من جانب السلطة التنفيذية والمحكمة الدستورية يصادر حق القاضي في أن يقول ما يعتقد صوابه في النزاع المعروض عليه، كما يمس كبرياء القاضي وكرامته حين يحيله إلى أداة صماء ينفذ ما يملي عليه اقتنع به أم لم يقتنع رضي به أم كره(١).

وهو ما دعا بالفقيه ورجل القضاء الكبير إلى اقتراح ضرورة العدول عن تخويل المحكمة الدستورية العليا اختصاصا بالتفسير الملزم للقانون ويري الفقيه الكبير ونحن معه إلى عدة ضوابط لتطبيق نص المادة ١/٤٩ من قانون المحكمة منها:-

١- عدم جواز لجوء السلطة التنفيذية إلى المحكمة لطلب تفسير نص تشريعي لمجرد اختلاف الرأي في تفسيره، وإنما يتعين أن يثير هذا النص خلافاً في تطبيقه. وعلى ذلك فإنه إذا طلبت السلطة التنفيذية من المحكمة تفسير نص تشريعي لمجرد خلاف نظري في تفسيره وليس خلافاً قضائياً في تطبيقه، فإن على المحكمة أن تقضي بعدم قبول طلب التفسير. ويمكن لطالب التفسير في هذه الحالة أن يلجأ إلى قسم الرأي في مجلس الدولة عارضاً وقائع الموضوع المثار طالباً الرأي فيه.

٢- عدم جواز لجوء السلطة التنفيذية بمناسبة منازعة معروضة على القضاء ولم يفصل فيها بعد إلى طلب التفسير من المحكمة لتبت في تفسير النص الذي يحكم المنازعة في غيبة الخصم، لأن ذلك يتضمن إخلالاً خطيراً بحق الدفاع الذي كفلته المادة ٦٩ من الدستور، وبحق المتقاضي في نظر منازعته أمام القاضي الطبيعي الذي كفلته المادة ٦٨ من الدستور، كما يصادر حق المحكمة في أن تقول كلمتها في تفسير النص القانوني الواجب التطبيق على المنازعة، ولأنه لم يثر بعد خلاف عملي في تطبيق النص أي صدور أحكام قضائية متضاربة في شأنه يمكن أن يبرر طلب التفسير من جانب السلطة

---

(١) د. فاروق عبدالبر المرجع السابق ص ١٠٠.

التنفيذية. وإذا لجأت السلطة التنفيذية في هذه الحالة إلى المحكمة بطلب التفسير فإنه يتعين عدم قبول طلب التفسير من جانب المحكمة الدستورية لعدم توافر شروط قبوله.

٣- عدم جواز لجوء السلطة التنفيذية إلى المحكمة الدستورية العليا طالبة تفسير نص قانوني صدر حكم قضائي من أول درجة بتفسيره، مادام لا توجد أحكام أخري تتعارض معه، إذ أن النص في هذه الحالة لم يثر خلافاً في التطبيق ولم تصدر أحكام متضاربة في شأنه. وإذا طلب من المحكمة الدستورية العليا تفسير النص الذي فسره القضاء قبلاً على نحو معين فإنه يتعين عليها أن تقضي بعدم قبول طلب التفسير. وتتولي محكمة الطعن في هذه الحالة التفسير القضائي للنص القانوني الذي يحكم النزاع حينما يطرح الطعن عليها وتقضي فيه، وبذلك تحسم الموضوع نهائياً إذ لا يجوز لما يدنوها من المحاكم الخروج على تفسيرها وإلا كانت أحكامها عرضة للإلغاء.

٤- إذا صدر حكم من محكمة الطعن أو من دائرة توحيد المبادئ بمحكمة الطعن بتفسير نص قانوني ما ولا يوجد تفسير مغاير من محكمة طعن أو دائرة توحيد مبادئ في هيئة قضائية أخري فقد حسم الأمر، ويتعين على السلطة التنفيذية أن تكف عن طلب تفسير النص المذكور. وعلى المحكمة الدستورية العليا أن تقضي بعدم قبول طلب تفسير النص المذكور إذا طلب وزير العدل تفسيره من جديد، باعتبار أنه لم يعد هناك خلاف في تطبيق هذا النص، وهو أحد الشروط اللازمة لطلب التفسير من جانب السلطة التنفيذية ولقبول الطلب من جانب المحكمة الدستورية العليا.

٥- إذا كانت هناك منازعات مثارة أمام إحدى الهيئات القضائية، واختلفت محاكمها في تفسير النصوص القانونية التي تحكمها، أي قام تضارب بين الأحكام سواء أحكام أول درجة أو أحكام محكمة الطعن، فإنه يتعين الانتظار لما تنتهي إليه محكمة الطعن فين هذه الهيئة بالنسبة للأحكام الصادرة من محاكم أول درجة، أو الانتظار لما تنتهي إليه دائرة توحيد المبادئ بالنسبة

لأحكام محكمة الطعن. وفي هذه الحالة يحسم الأمر، ولا يكون هناك داع للجوء إلى طلب التفسير من المحكمة الدستورية، وإذا طلب منها التفسير في هذه الحالة تعين عليها أن تقضي بعدم قبوله.

٦- إذا قام خلاف بين أحكام دوائر إحدى الهيئات القضائية وبين أحكام دوائر هيئة قضائية أخري في تفسير نص معين، فإنه يتعين الانتظار حتى تبت محكمتا الطعن أو دائرتا توحيد المبادئ في الهيئتين في الأمر. فإذا اتفقت محكمتا الطعن أو دائرتا توحيد المبادئ في الهيئتين على تفسير واحد للنص القانوني انتهي الأمر. وإذا اختلف التفسير في الهيئتين سواء بين محكمتى الطعن فيهما أو دائرتي توحيد المبادئ فيهما، أو محكمة الطعن في إحداهما ودائرة توحيد المبادئ في الأخرى، فإنه يمكن اللجوء في هذه الحالة إلى المحكمة الدستورية العليا بطلب التفسير، إذا ما كان للنص المطلوب تفسيره من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيره.

إذن فإننا نري التقيد في طلب التفسير بما أوردناه سلفاً من ضوابط. فإذا خرجت السلطة التنفيذية على الضوابط سالفة الذكر، وطلبت التفسير دون مراعاتها، أو طلبت التفسير بغرض تلمس العون من المحكمة الدستورية العليا لتقطع الطريق على محكمة الطعن أو على دائرة توحيد المبادئ حتى لا تؤيد اتجاهاً معيناً لا ترضاه، كان على المحكمة الدستورية أن تقضي بعدم قبول طلب التفسير، لأن هذا السلوك من جانب السلطة التنفيذية القصد منه في هذه الحالة انتزاع سلطة الفصل في الدعوى من القاضي الطبيعي وامتهانه بإشعاره بعدم صلاحيته للفصل في المنازعة وإلزامه بتفسير معين قد لا يرضاه يصدر خصيصاً لمواجهة النزاع المطروح عليه أو الذي يمكن أن يطرح عليه مستقبلاً. وكل هذا يتنافي مع استقلال القضاء. إن المحكمة الدستورية في هذه الحالة مدعوة إلى وضع الأمور في نصابها الصحيح بعدم قبول طلب التفسير لحرمان طالب التفسير من الغرض البعيد عن الصالح العام الذي ينشد الوصول إليه.

وفي صدد موقف المحكمة الدستورية العليا من التفسير هناك ملاحظة ينبغي ذكرها هي أن ما تفعله المحكمة الدستورية الآن حين تتصدى لتفسير نصوص قانونية حسم تفسيرها بواسطة محكمة النقض أو المحكمة الإدارية العليا أو دائرة توحيد المبادئ بالمحكمتين يمثل اعتداء خطيراً على اختصاص هاتين المحكمتين، مما قد يدفعهما إلى الرد على هذا التعدي بأن تتصديا للرقابة على دستورية القوانين التي تعرض عليهما، ولن تعدما الأسباب القانونية والعملية التي تسوغ لهما هذا الاتجاه(١)، فندخل في حالة فوضى قضائية لا يعلم نتائجها المدمرة إلا الله(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن تقرير هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا في طلب التفسير رقم ١ لسنة ٢٤ ق قد أشار إلى انتفاء مقتضيات الخلاف في التطبيق وذهبت التفسير إلى:-

ومن حيث أن مقتضي نص المادة ٥٤ مكرر من قانون مجلس الدولة المشار إليه – على ما يبين من أعماله التحضيرية – أن هيئة المحكمة الإدارية العليا المشكلة طبقاً للنص المشار إليه، هي الجهة القضائية المنوط بها حسم كل خلاف ينشأ بين الدوائر الأخرى لتلك المحكمة، فإذا ما أدلت بدلوها في شأن أي خلاف من هذا القبيل توحد التفسير، ووجب أن يتبع المبدأ الذي أقرته، وانحسر – من ثم – وجه الخلاف، وبناء على ذلك فإنه وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بالهيئة المنصوص عليها في المادة ٥٤ مكرراً من قانون مجلس الدولة المشار إليه في شأن موضوع الخلاف محل طلب التفسير المعروض يكون أمر هذا الخلاف قد حسم ولم يعد من ثم خلاف يستنهض ولاية المحكمة الدستورية العليا في التفسير.

---

(١) أنظر: حكم محكمة النقض الذي قضى بالامتناع عن تطبيق الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون الكسب غير المشروع رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥ لعدم دستوريتها، جريدة الأهرام.
(٢) د. فاروق عبدالبر المرجع السابق ص ١١٧.

ولا ينال من ذلك القول بأن لتلك الهيئة نفسها العدول عما سبق لها تقريره من مبادئ قانونية وأن لغيرها من المحاكم مخالفتها ذلك أن هذا القول أولاً: يقوم على محض افتراض لم يتحقق في الطلب الماثل الذي أوضح أن الخلاف المثار قد استقر أمام هيئة المحكمة الإدارية العليا المشكلة طبقاً للمادة ٥٤ مكررا ولم يتطرق في معرض بيانه إلى أن هناك حكم ما يخالف حكمها في هذا الخصوص.

ثانياً: أن مقتضي الأخذ بهذا القول أن تراجع المحكمة الدستورية العليا قضاء المحكمة الإدارية العليا منعقدة بالهيئة المشار إليها وهو أمر لا تختص به المحكمة الدستورية العليا بوصفها ليست جهة طعن بالنسبة لأحكام المحاكم.

لما كان ذلك كذلك، وكان وجه الخلاف الذي كان مردداً بين أحكام المحكمة الإدارية العليا والمحصور طبقاً للأحكام التي أشار إليها الطلب في المادتين الخامسة والسادسة من القانون ٣٨ لسنة ١٩٧٢ المشار إليه قد زال وحسم في ضوء المبدأ الذي اعتنقته المحكمة الإدارية العليا معقودة بالهيئة المنصوص عليها في المادة ٥٤ مكرراً ولم يعد بالتالي ثمة خلاف في تطبيق المادة المشار إليها يستنهض ولاية المحكمة الدستورية في التفسير التشريعي.

أما عن الخلاف في تطبيق المادة (٦) من القانون المشار إليه فإنه – كما جاء بطلب التفسير الماثل – قد أثير نتيجة الخلاف في تطبيق المادة (٥) وأن قرارات وزير الداخلية باعتماد كشوف المرشحين قد تباينت إذ "قبل ترشيح البعض ممن تجاوزوا سن الخامسة والثلاثين ممن لم يقدموا شهادة أداء الخدمة العسكرية أو الإعفاء منها استلزمت بعض الإدارات المختصة الأخرى تقديم هذه الشهادة من الآخرين الذي صدرت قرارات اعتماد كشوفهم بناء على هذا".

لما كان ذلك وكان الخلاف حول تطبيق المادة (٥) المشار إليه قد زال ولم يعد مثاراً بعد قضاء المحكمة الإدارية العليا بالهيئة المنصوص عليها في المادة (٥٤) من قانون مجلس الدولة – المشار إليه – وزال أيضاً – نتيجة لذلك

- الاختلاف في تطبيق المادة السادسة ، فمن ثم لم يعد ثمة وجه للاختلاف بشأن تطبيقهما، لاسيما وأن اختلاف إدارات وزارة الداخلية - على النحو المشار إليه - لم ينتج عنه أدني أثراً فكشوف الناخبين - كما ورد بطلب التفسير - اعتمدت من وزير الداخلية وبالتالي فهذا الاختلاف لا يشكل أدني قدر من الأهمية لإستنهاض ولاية المحكمة.

ويخلص من هذا النظر إلى عدم قبول طلب التفسير.

بيد أنه ثم رأي آخر ينطلق من أن الخلاف ثابت بين أحكام المحكمة الإدارية العليا في مجال تطبيق المادة ٥ من القانون ٣٨ لسنة ١٩٧٢ المشار إليه وقضاء المحكمة الإدارية العليا (الدائرة المنصوص عليها في المادة ٥٤ مكرراً من قانون مجلس الدولة - المشار إليه) لا يعدو أن يكون إحدى حلقات هذا الخلاف فهو وإن عدل عن الرأي السابق له إلا أن ذلك لا ينفي أن ثمة تطبيق مخالف يزال قائماً منتجاً لآثاره قانوناً، يضاف إلى هذا أنه لا يستبعد قيام الخلاف مستقبلاً إذ لا يزال لتلك المحكمة - أو لغيرها - العدول عن هذا الاتجاه الأخير إلى اتجاه مختلف ، ومن ثم فالاختلاف في تطبيق البند (٥) من المادة الخامسة من القانون ٣٨ لسنة ١٩٧٢ أمر ثابت بما يستنهض ولاية المحكمة في تفسير هذا النص، وبالتالي في تفسير نص الفقرة الأخيرة من المادة السادسة - فضلاً عن أن تطبيق إدارات الشرطة لنص الفقرة الأخيرة من المادة السادسة المطلوب تفسيرها هو اختلاف في التطبيق صادر عن الجهات المختصة به ومن ثم فهو يستنهض ولاية المحكمة الدستورية العليا في مباشرة التفسير التشريعي المطلوب.

وبناء على الرأي المتقدم ولما كان النصان المطلوب تفسير لهما قدر عال من الأهمية لتعلقهما بالحق في الترشيح لعضوية مجلس الشعب. الأمر الذي نري معه قبول طلب التفسير المعروض وهو ما نرجحه.

وهو ما يبين بجلاء أن طلب التفسير كان يستهدف الالتفات على أحكام المحكمة الإدارية العليا النهائية وهو ما يبرز الانحراف في استخدام رخصة في طلب التفسير إلا أن المحكمة الدستورية العليا لم تتصدي بحسم لهذا الاتجاه مما شجع البرلمان على الاستمرار فيه(١).

---

(١) أنظر تقرير هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا في طلب التفسير رقم ١ لسنة ٢٦ ق تفسير والتي أشارت فيه من طرف خفي إلى إمكان قبول طلب التفسير مع عدم توافر موجباته الدقيقة نزولاً على اتجاه المحكمة الدستورية العليا وأنظر تقرير الهيئة في طلب التفسير رقم ٢ لسنة ٢٦ ق والتي أشارت فيه إلى أن الخلاف المعروض خلاف حاد في مجال التطبيق وقع بين من يقومون بإعمال أحكام ذلك النص، ولا وجه لما ذهب إليه الرأي الأول ذلك أن محكمة النقض لدي مباشرتها لاختصاصها بالتحقيق في الطعون المقدمة بشأن صحة عضوية أعضاء مجلس الشعب إنما تمارس اختصاصا أناطه بها الدستور والقانون، وعليها وفقا لهذا الاختصاص أن تستصفي الواقعات وتنزل على ما هو ثابت منها تكييفها القانوني السليم وتوضع آثار ذلك على صحة العضوية المطعون فيها وبالتالي فهي تعد ممن يقومون بأعمال أحكام النص المطلوب تفسيره ولا اعتبار في هذا المقام لحقيقة أن قولها ليس هو القول الفصل إذ يلزمه موافقة مجلس الشعب، إذ ليس شرطاً لممارسة المحكمة اختصاصها بالتفسير أن يكون اختلاف التطبيق قد ثار بين جهات تتمتع أعمالها بالحجية.
كما وأن التحجى بأن المحكمة الدستورية العليا سبق لها أن حسمت أمر أن هيئة قضايا الدولة وهيئة النيابة الإدارية من الهيئات القضائية- حسبما ذهب الرأي الأول – مردود بأن قضاء المحكمة الدستورية المشار إليه لم يكن في شأن النص المطلوب تفسيره، وبالتالي فهو لا يحوز حجية تحول دون تفسيره.
ولما كان ذلك وكان الطلب المعروض قد قدمه السيد المستشار وزير العدل بناء على طلب السيد الدكتور رئيس مجلس الوزراء فإنه يكون قد استوفي سائر الأوضاع اللازمة لقبوله.

الفصل الثاني
الانحراف في استعمال سلطة التشريع
(الفترة من عام ١٩٩٠ إلى عام ٢٠٠٦)

التشريعات المعيبة بالانحراف التشريعي الأصل أنها قليلة للغاية نظراً لأن هذا العيب هو في الأصل عيب احتياطي بمعنى أنه يفترض سلامة التشريع من سائر العيوب الشكلية والموضوعية ولا يتبقي سوي الانحراف التشريعي ولهذا فمن المنطقي أن تكون الحالات التي ينطبق عليها هذا العيب قليلة للغاية إلا أنه في حالة توافر عيب الانحراف فإنه يكون مفهوماً أن التشريع لن يكون معيباً سوي بالانحراف التشريعي فاكتساب عيب آخر في التشريع سيكفينا مؤونه الوصول إلى ركن الغاية وعيب الانحراف أو على الأقل سيكتفي القاضي بهذا العيب دون الوصول إلى بحث الانحراف.

ونود التذكير والإشارة إلى أن أكثر مناطق الانحراف التشريعي تدور في الأغلب الأعم من حالاتها بعلاقة السلطة التشريعية بالسلطة القضائية[1] وهذا أمر طبيعي ذلك أنه في ظل نظم الحكم الديمقراطية الحديثة فإن مبدأ الفصل بين السلطة ليس له تأثير في علاقة السلطتين التشريعية والتنفيذية وأصبح له قيمة تاريخية فقط أما بالنسبة للسلطة التشريعية فالأصل سيادة مبدأ استقلال السلطة القضائية وهو مبدأ له ضوابطه وقواعده ومن خلال السلطة التشريعية تسعي السلطة التنفيذية خاصة والنظم التي تسيطر فيها السلطة التنفيذية على البرلمان إلى المساس بمبدأ الفصل بين السلطات بصورة أو بأخرى ومن هنا نشير إلى أبعاد ونتائج هذا التأثير من خلال التعرض لحالات الانحراف التشريعيّ التي تراءت لنا .

---

(١) أنظر في هذا الخصوص الدراسة القيمة للدكتور الطبطباني حول حدود العلاقة بين السلطتين سالف الإشارة إليه.

أولاً:- التأثير على استقلال السلطة القضائية:

شهدت الفترة محل الدراسة ظاهرة أوضحت بجلاء مدي تأثير السلطة التنفيذية ممثلة في السلطة التشريعية في استقلال القضاء ألا وهي مد سن التقاعد القضاه فالأصل أن مد سن التقاعد للقضاه يكون مرة واحدة وبتعديل تشريعي طبيعي يصدر للصالح العام ووفقاً للسلطة التقديرية للمشرع إلا أن ما حدث أن مد السن تم بقرارات جمهورية بقوانين أي بقرارات صادرة من رئيس الجمهورية وقبل انعقاد البرلمان بفترة وجيزه وإذا كان الدستور سمح بصدور لوائح تشريعية في حالة الضرورة في حالة غياب البرلمان سواء لحله أو وجودة في عطلة إلا أن شرط ذلك وجود حالة ضرورة تبرر هذا الإجراء وبغير قواعد الضرورة الملحة لهذا الإجراء يقع القرار الصادر من رئيس الجمهورية في هذا الخصوص باطلاً وفقاً لما استقرت عليه المحكمة الدستورية العليا في الأغلب الأعم من أحكامها(١) وقد بدأ هذا الاتجاه بالقرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ والذي صدر في ١٩٩٣/١٠/٧ وقبل انعقاد البرلمان بعدة أسابيع ونص على استبدال عبارة أربعاً وستين سنة بعبارة ستين سنة في قوانين الهيئات القضائية كلها.

ونص على العمل به اعتبارا من ١٩٩٣/١٠/١ أي بأثر رجعي وقد انتهت المحكمة الدستورية العليا إلى دستورية هذا التعديل لأنه لا يتضمن مساساً باستقلال القضاء كما أنه وضع قاعدة قانونية عامة ومجردة ولا يعد مخالفاً لمبدأ المساواة(٢)، ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٢ بمد السن لستة وستين عاماً وكان ذلك بعد صدور قرار جمهوري بقانون في هذا الخصوص ثم صدر القانون رقم ١٥٩ لسنة ٢٠٠٣ بمد السن لثمانية وستين عاماً وقد شجع هذا الحكم الدستوري على صدور قرارات بقوانين أخري بذات الفهم. حتى وصل سن الإحالة للمعاش إلى ٦٨ سنة وهو ما يصور مدي التأثير الهائل للسلطة

---

(١) أنظر تحليلاً لهذه الأحكام في مؤلفنا الدفوع في نطاق القانون العام ج ٤ .

(٢) المحكمة الدستورية العليا حكمها في القضية رقم ١٤ لسنة ١٧ ق دستورية جلسة ١٩٩٥/٩/٢ مجموعة أحكام المحكمة ج ٧ ص ١٩٣.

التنفيذية على استقلال السلطة القضائية حيث أصبح رؤساء الهيئات القضائية في حالة انتظار لمد السن مادام الأمر يتم بقرار بقانون وهو ما يؤثر في استقلالهم في عملهم بعيداً عن السلطة التنفيذية أو التشريعية بمراعاة الطبيعة البشرية لمن يتطلعون إلى استمرارهم في عملهم خاصة وأنهم في الغالب الأعم من الشاغلين للوظائف العليا في الهيئات القضائية وهذا الطابع البشري هو الذي جعل الفقه في تحديده لعوامل استقلال السلطة القضائية يركز على عدم المساس باستقرار الأوضاع الوظيفية للقضاة إلا من خلال قوانين صريحة في تحديد السن وفي المزايا التي يتمتع بها القضاة ولا تتغير هذه القوانين المتعلقة بحياتهم الوظيفية إلا في فترات متباعدة وللصالح العام فقط الذي يقتضي أخذ رأي هؤلاء القضاة في هذه القواعد الجديدة التي تؤثر على حياتهم الوظيفية وهي أمور لم تتم في هذا الخصوص فإذا أضفنا إلى ذلك أن السلطة التنفيذية كانت تقوم بمد السن بصورة انتقائية وليست تلقائية وبصورة منجمة وليست قاطعة وثابتة لتبين لنا مدي الانحراف التشريعي في هذا الخصوص ذلك أن السلطة التنفيذية لم تقم بزيادة السن إلى سن السبعين مثلاً مرة واحدة وإنما تدرجت في ذلك بدءاً من سن أربعة وستين عام مرور بستة وستين عاماً وانتهاء بثمانية وستين عاماً ولم تقم بمد السن على النحو السابق بصورة تلقائية أي متتابعة ولكن بفواصل زمنية بين كل مد وآخر بما يوضح بجلاء أنها كانت تقوم بالمد في حالة وصول رؤساء محددين للسلطة القضائية وتحجم عن المد في حالة وصول رؤساء آخرين(١) وليس لهذا التصرف سوي تصور واحد أن السلطة التنفيذية تتدخل بالتأثير النفسي على عمل شيوخ القضاء ومع الأسف فقد كان مسلك المحكمة الدستورية مشجعاً لهذا على هذا السلوك بإجازتها ضمناً صدور قرار جمهوري بقانون في غير ضرورة وقد أدي هذا المسلك إلى حدوث شرخ كبير بين شباب القضاة وشيوخهم حيث رأي الشباب في المد بهذه الصورة

---

(١) فلم تقم بالمد على سبيل المثال إبان رئاسة السيد الأستاذ المستشار محمد أمين المهدي لمجلس الدولة نظراً لاتجاهه الواضح في مناصرة الحقوق والحريات العامة وخاصة الأحكام الصادرة من مجلس الدولة إبان رئاسته وكان لها الأثر الكبير على انتخابات البرلمان عام ٢٠٠٠.

اعتداء على حقهم في تولى مناصب قيادية ورأى الشيوخ في هذا الاعتراض أنه غير مبرر ويحرمهم من بذل خبراتهم في محراب العدالة وأدي هذا الأمر إلى انهيار الجسور بين نادي القضاة المعبر عن تطلعات شباب القضاة وبين مجلس القضاء الأعلى الذي وقف النادي ضد رغبات أعضاءه في مد السن نزولاً على رغبة جموع شباب القضاة وهو ما أدي إلى صدام بين النادي وبين مجلس القضاء الأعلى واستغلته الحكومة لتأجيل نظر قانون استقلال السلطة القضائية وكذلك معاقبة القضاء أعضاء مجلس إدارة النادي عن تصريحاتهم بخصوص وجود تزوير الانتخابات التشريعية التي حدثت في عام ٢٠٠٥ وهو ما أدي إلى أن تعين الهيئات القضائية كلها جوا يشابه جو مذبحة القضاة التي تمت عام ١٩٩٦ وهو ما يجعل كل الحديث عن تطوير النظام السياسي أو الدستوري لغوا لا طائل من وراءه مادامت السلطة القضائية لم تتمتع باستقلال حقيقي تجاه السلطتين التشريعية والتنفيذية وهذا الانهيار ساهم فيه تلك الفكرة المنحرفة عن الصالح العام والتي تبناها أحد وزراء العدل وتمثلت في مد سن القضاء تدريجياً وحسب الحاجة وليس هناك ثمة انحراف في استعمال السلطة أوضح من هذه الحالة

ثانياً:- الانحراف المصاحب لبعض التشريعات:

من التشريعات المعيبة بالانحراف التشريعي في نظرنا المادة الثالثة من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وتخلص الوقائع في أنه قد انتهت محكمة استئناف القاهرة في ١٩٩٥/٦/١٤ في الطعن رقم ٢٨٧ لسنة ١١١ ق إلى التفريق بين الدكتور نصر حامد أبو زيد وبين زوجته وذهبت في ذلك إلى أن السيد المذكور كذب كتاب الله، وسخر من بعض آيات القرآن الكريم، ورأي عدم الالتزام بأحكام الله تعالي الواردة في آيات التشريع والأحكام لأنها ترتبط بفترة تاريخية قديمة، ويطالب بأن يتجه العقل إلى إحلال مفاهيم معاصرة أكثر إنسانية وتقدماً وأفضل مما وردت بحرفية النصوص. كما نال من السنة النبوية الشريفة فيردها كوحي من عند الله تعالي وكأصل للتشريع.

وحيث أن الأقوال السابقة بإجماع علماء المسلمين وأئمتهم، إذ أتاها المسلم وهو عالم بها، يكون مرتداً خارجاً عن دين الإسلام. فمن ثم فإن المذكور يكون قد ارتد عن دين الإسلام. فضلاً عن الخروج على المادة ٤٧ من دستور مصر التي تجعل حرية الرأي مكفولة ولكلن إنسان التعبير عن رأيه في حدود القانون، وهو لم يلتزم حدود القانون فيما كتبه، لخروجه على قانون العقوبات في هذا الشأن.

أما مادفع به السيد المذكور من أن ما أتاه في حدود البحث العلمي والاجتهاد الفقهي، فهذا دفع ظاهر الفساد، فإن من المعلوم لكل باحث ولو كان مبتدئاً، إن للبحث العلمي أصوله وللاجتهاد الفقهي قواعده وشروطه، فإذا انسلخ الباحث عن أصول العلم الذي يبحث فيه، وإذا حاول هدم القواعد والشروط، وإذا خرج عن التزام البحث العلمي الحقة، فلا يسمي ما كتبه بحثاً ولا ما سطره اجتهادا. (تأيد هذا الحكم بحكم محكمة النقض في ١٩٩٦/٨/٥ في الطعن رقم ٤٥٥ لسنة ٦٥ ق).

وأثناء نظر الطعن بالنقض على الحكم المذكور صدر القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦ وهو يعد تمهيداً لصدور قانون الحسبة التي قصر إقامة دعوى الحسبة على النيابة العامة.

وقد نصت المادة الأولي منه على أن يستبدل بنص المادة٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ النص الآتي:- مادة ٣ لا تقبل أي دعوى كما لا يقبل أي طلب أو دفع استناداً لأحكام هذا القانون أو أي قانون آخر لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون وهذه المادة بعد تعديلها شددت من شروط المصلحة المبررة لإقامة أي دعوى أو طلب أو دفع حيث كانت قبل التعديل تتطلب مصلحة قائمة فقط وهذا التغليظ من شأن المشرع ويدخل في سلطته التقديرية ووفقاً لهذه المادة فإن سريانها بأثر فوري لا يظهر وجه عدم دستوريتها ومن هنا جاء الانحراف التشريعي في المادة الثالثة من ذات القانون حيث قررت

سريان حكم هذا القانون على كافة الدعاوى والطعون المنظورة أمام جميع المحاكم على اختلاف جهاتها وولايتها واختصاصاتها ودرجتها وأنواعها ما لم يكن قد صدر فيها حكم بات والحكم البات وفقاً للاصطلاح القضائي هو الحكم الصادر من محكمة النقض فكأن هذه المادة جعلت سريان شرط شخصية المصلحة وأن تكون مباشرة يسري بأثر رجعي ما لم يصدر حكم من محكمة النقض فإذا علمنا أن هذا التعديل صدر في ١٩٩٦/٥/٢٢ وقبل صدور حكم النقض في الطعن المقام من الدكتور نصر أبو زيد عن حكم محكمة الاستئناف سالف البيان لتبين لنا في وضوح لا يقبل شك أن هذا التعديل قصد به التأثير على القضاة عند نظرهم للنقض المقدم ضد الحكم سالف البيان وهو ما يؤكد ما ذهبنا إليه من أن الغالب الأعم من حالات الانحراف التشريعي تنشأ عن اصطدام السلطة التشريعية أو التنفيذية مع السلطة القضائية بمحاولة التأثير على سير العدالة وإذا نظرنا إلى ما يمكن أن يعيب هذا التشريع من عيوب غير الانحراف التشريعي لما وجدنا أي خلل أو عيب دستوري في هذه المادة إلا للانحراف التشريعي وهذا سبب تفرد في هذا العيب واستقلاله(١).

الأثر الرجعي للتفسير التشريعي:-

كانت هذه الحالة من الفروض الخمسة التي قررها المرحوم الدكتور السنهوري كمقدمة للانحراف التشريعي عندما يصدر البرلمان تفسيراً تشريعياً بأثر رجعي ومن شأن ذلك المساس بالمراكز القانونية المستقرة فإذا أضفنا إلى الفرض الذي عرضه الفقيه الكبير أن التفسير التشريعي قد تضمن أحكاماً جديدة تجاوز نطاق التفسير فضلاً عن أنه تضمن مساساً بالأحكام القضائية وصدر للالتفاف على هذه الأحكام لأن من شأن صدور هذا التفسير أن يطبق بأثر رجعي ويهز المراكز القانونية كلها إزاء هذا التفسير ومن هنا كان الانحراف

---

(١) اعترض أعضاء مجلس الشعب على هذا النص عند مناقشة القانون في مجلس الشعب وخاصة المادة الثالثة منه وأشار بوضوح أن هذا النص أريد به دعوى معينة منظورة أمام محكمة النقض أنظر التعليق على قانون المرافعات المستشار عز الدين الدناصوري والأستاذ حامد عكاز طبعة ١٢ ص ٥٧.

التشريعي هو العيب الذي يصيب التشريع لأن الظاهر أن هذا التشريع صدر في إطار السلطة التقديرية للمشرع وتحت ستار أنه تفسير لنص غامض في تشريع فيتطلب الأمر توضيح ما غمض من نصوصه فهو في ظاهره صدر صحيحاً وفي إطار سلطة المشرع ولكن الإطلاع على ضوابط هذا التفسير التشريعي وما يستهدفه في حقيقة الأمر والأثر المترتب عليه يكشف مخالفته للضوابط المقررة للتفسير التشريعي الصحيح ويجعله معيباً بالانحراف عن الصالح العام وهذا البحث هو أسلوب تقصي عيب الانحراف في التشريع.

والمثال الواضح على هذا الانحراف القانون رقم ١١ لسنة ٢٠٠٢[١] بتفسير بعض أحكام قانون الضريبة العامة على المبيعات الصادر بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ ويلاحظ أن أساس بحث التفسير التشريعي كان قراراً جمهورياً بقانون بتعديل بعض أحكام قانون الضريبة العامة على المبيعات الصادر بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ وكان هذا القرار الجمهوري ينص على سريانه بأثر فوري تطبيقاً للفهم الصحيح لسريان القوانين في الزمان ومع الأسف كان هذا التفسير التشريعي والأثر الرجعي والذي هو من سلطة البرلمان مطلقاً وهذه الحالة من الحالات النادرة التي كان فيها البرلمان ملكياً أكثر من الملكيين فعلي حين رأت الحكومة سريان التعديل بل بأثر فوري إنتهى المجلس إلى وضع التعديل في إطار تفسير تشريعي ليسري بأثر رجعي وهذا هو عين الانحراف التشريعي وقد عبرت المذكرات الإيضاحية والمناقشات البرلمانية حول هذا التعديل عن غرض الالتفاف حول الأحكام القضائية وهذا الغرض غير مشروع حيث أن الدستور نظم كيفية الفصل بين تعارض الأحكام النهائية الصادرة من جهات قضائية مختلفة وأناط بها المحكمة الدستورية العليا وكان واجباً ترك هذه المنازعات لفضها بالطريق القضائي على أن يسري التعديل بأثر فوري.

---

(١) هناك قوانين أخري تحمل سمات الانحراف التشريعي وتعرضت لها الأحكام القضائية منها القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ بخصوص رفع اشتراك المعاش المتغير حيث قامت المحكمة الإدارية العليا بتفسيره على نحو يحقق مصالح المشتركين في التأمين الاجتماعي بخلاف قصد المشرع منه أنظر الطعن رقم ٣٦٠٩ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٩١/١/٦)

ونعرض فيما يلي المذكرة الإيضاحية لمشروع تعديل بعض أحكام قانون الضريبة العامة على المبيعات وكذلك التقرير التكميلي الذي أعدته لجنة الشئون المالية الاقتصادية بمجلس الشورى حول هذا المشروع وتقرير لجنة الخطة والموازنة بمجلس الشعب عن هذا المشرع بقانون.

تقرير لجنة الخطة والموازنة
عن قرار رئيس جمهورية مصر العربية
بمشروع قانون بتعديل بعض أحكام قانون الضريبة العامة على المبيعات
الصادر بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١

أحال السيد الدكتور رئيس المجلس بتاريخ الأول من مارس عام ٢٠٠٢ إلى اللجنة قرار رئيس جمهورية مصر العربية بمشروع قانون بتعديل بعض أحكام قانون الضريبة العامة على المبيعات الصادر بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ وذلك لبحثه ودراسته وإعداد تقرير عنه يعرض على المجلس الموقر كما أحال الأستاذ الدكتور رئيس المجلس رأي مجلس الشورى في هذا الشأن، فعقدت اللجنة لنظره ثلاثة اجتماعات أيام ٢٣ و ٢٥ و ٢٦ من مارس عام ٢٠٠٢ حضرها السيد الأستاذ للدكتور مدحت حسنين وزير المالية والأستاذ محمود محمد على حسن رئيس مصلحة الضرائب على المبيعات.

وقد نظرت اللجنة قرار رئيس الجمهورية المعروض، وكذلك تقرير لجنة الشئون المالية والاقتصادية بمجلس الشورى في شأن ذات القرار والتعديلات للمقترحة منها، كما قامت بالإطلاع على كل من:-

- الدستور.
- القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب.
- قانون الضريبة العامة على المبيعات الصادر بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ والقوانين المعدلة له.
- القرارات الصادرة تنفيذاً لقانون الضريبة العامة على المبيعات.

وبعد أن استمعت اللجنة إلى الإيضاحات التي أدلى بها السيد الدكتور وزير المالية والسيد الأستاذ رئيس مصلحة ضريبة المبيعات وإلى آراء المستشارين والخبراء في هذا المجال وإلى مناقشات السادة الأعضاء تعرض تقريرها فيما يأتي:-

الضريبة العامة على المبيعات:

في إطار سياسة الإصلاح الاقتصادي التي انتهجتها الحكومة المصرية بدءاً من مطلع التسعينيات، تم إعادة النظر في المنظومة الضريبية في مصر من أجل تحديثها وتطويرها بما يحقق ما نص عليه الدستور من مبدأ العدالة والضريبية، وما يحقق الحصيلة اللازمة للخزانة العامة التي تمكن الدولة من القيام بدورها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وتضمنت هذه المنظومة الأخذ بنظام الضريبة العامة على المبيعات لأول مرة.

وقد وفرت الضريبة العامة على المبيعات للخزانة العامة للدولة حصيلة بلغت في ختامي موازنة ١٩٩٩/٢٠٠٠ حوالي ١٦,٥ مليار جنيه، أي ما يساوي حوالي ٣٢% من جملة الإيرادات السيادية التي توافرت للحكومة في ذلك العام المالي، وبالتالي فإن فرض الضريبة العامة على المبيعات ساهم على نحو إيجابي ملحوظ في رفع الجهد التنموي للمجتمع دون الإخلال بالاعتبارات الاجتماعية التي توليها الحكومة الرعاية الكاملة، إذ يعفي من ضريبة المبيعات كل ما يمس الحياة اليومية للمواطنين، وما يخضع لها لا يزيد عن ٦٠ % من الإنتاج الوطني السلعي.

القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١.

وقد تم الأخذ بنظام ضريبة المبيعات في مصر من خلال إصدار قانون الضريبة العامة على المبيعات الصادر بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١، والذي نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢ مايو ١٩٩١ ، العدد ١٨ تابع (أ)، وبدأ العمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره.

وقد نص القانون على فرض ضريبة مبيعات على السلع والخدمات ، مبينا في المادة (٢) أن المقصود بالسلع هي تلك المصنعة محلياً أو المستوردة، إلا ما استثنى منها بنص خاص، وأن المقصود بالخدمات التي تسري عليها الضريبة تلك المحددة على سبيل الحصر في الجدول رقم (٢) المرافق للقانون. أما بالنسبة لسعر الضريبة فقد نصت المادة (٣) على أن يكون ١٠ % بالنسبة للسلع عدا ما يرد بشأنه سعر مغاير. وبالنسبة للخدمات نصت ذات المادة على أن تكون على النحو الذي يحدده الجدول. وبناء على ذلك فإن الجدول هو الذي يحدد الخدمات التي تسري عليها ضريبة المبيعات وسعرها بالنسبة لكل من تلك الخدمات.

تعديل القانون عام ١٩٩٢ بإضافة خدمات التشغيل للغير:

في أعقاب بدء سريان نظام الضريبة العامة على المبيعات، كان لابد وأن يظهر التطبيق العملي لها عددا من المشاكل والثغرات. وهذا حال التشريعات الضريبية عموماً سواء في مصر أو في غيرها من البلدان، حيث يلزم أن يكون المشرع واعياً ومتابعاً لما يفرزه الواقع العملي من أوضاع وممارسات تتطلب تعديلاً تشريعياً سريعاً. وبالفعل كشفت الشهور الأولي من تطبيق القانون عن ضرورة تدخل المشرع لضبط بعض الأوضاع، على رأسها إضافة خدمة جديدة إلى الجدول رقم (٢) الخاص بالخدمات الخاضعة للضريبة ، وهي خدمات التشغيل للغير. فقد تبين آنذاك أن بعض أصحاب المصانع والورش كانوا يقومون بتصنيع المواد الخام لغيرهم ويتجنبون أداء الضريبة باعتبار أن ما يقامون به هو خدمة تشغيل للغير. ومن هنا رأي المشرع إدخال هذا النشاط في نطاق الضريبة، مع استخدام اصطلاح "خدمات التشغيل للغير" لكي ينسع نطاق الضريبة لكل ما يعد تشغيلاً للغير باستخدام آلات وعمالة مقدم الخدمة، سواء في المجال الصناعي أو في غيره. لذلك فقد رؤي تعديل الجدول رقم (٢) وإضافة بند جديد هو "خدمات التشغيل للغير" إلى الخدمات الخاضعة لضريبة المبيعات وفرض سعر ١٠ % عليها (تقرير لجنة الخطة والموازنة الملحق

بمضبطة الجلسة الخامسة والستين لمجلس الشعب بتاريخ ٦ مايو ١٩٩٢). وقد تم إجراء هذا التعديل بموجب قرار رئيس الجمهورية رقم (٧٧) لسنة ١٩٩٢ بتعديل الجدولين المرافقين للقانون رقم (١١) لسنة ١٩٩١ بإصدار قانون الضريبة العامة على المبيعات، وإقرار مجلس الشعب له في جلسة ٦ مايو ١٩٩٢.

موجبات التعديل المقترح:

أثار مفهوم "خدمات التشغيل للغير" منذ الأخذ به في تعديل عام ١٩٩٢ جدلاً بشأن ما يدخل في نطاق تطبيقه وما لا يدخل . ومن أجل حسم هذا الخلاف، أصدرت مصلحة الضريبة على المبيعات على مدي السنوات العشر السابقة عدداً من المنشورات الإدارية التي تتناول بالتفصيل مجالات محددة تخضع لأحكام القانون. ومع ذلك قد شهدت أروقة المحاكم المصرية عدداً كبيراً من الدعاوي القضائية بشأن ذات المفهوم. وفي أحكام عديدة ومتواترة، أكدت محكمة النقض المصرية سريان الضريبة على المجالات التي بينتها تفصيلاً قرارات مصلحة الضريبة على المبيعات، ومن ذلك مثلاً حكمها بأنه "إذا جري قضاء (الحكم المطعون فيه) على عدم انصراف عبارة "خدمات التشغيل للغير" إلى عقود المقاولة ورتب على ذلك عدم خضوعها للضريبة العامة على المبيعات فإنه يكون معيباً بالخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه" (محكمة النقض، الدعوى رقم ٥٦١ لسنة ٦٧ ق بتاريخ ٢٦ أكتوبر ١٩٩٨). وقد تكرر ذات الحكم بتاريخ ٢ مارس ١٩٩٩، (الدعوى رقم ٢٨٧٢ سنة ٦٧ ق)، وفي العديد من الأحكام الأخرى. كذلك تم تأكيد ذات المعنى في حكم محكمة النقض بشأن عقد نقل البضائع، حيث قررت المحكمة "لما كان ذلك وكان عقد النقل هو عقد يتعهد فيه الناقل بأداء عمل هو نقل شخص أو شيء إلى جهة معينة مقابل أجر، فإذا زاول هذا العمل على سبيل الممارسة والتكرار اعتبر من مقاولي النقل واندرج ما يؤديه من مقاولات النقل تحت عبارة – خدمات التشغيل للغير – فتخضع للضريبة العامة على المبيعات على نحو ما سلف" (محكمة النقض، الدعوى رقم ٤١٩٦ سنة ٦٧ ق بتاريخ ١٠ ديسمبر ١٩٩٨).

وقد تكرر ذات الحكم بالنسبة لأعمال التركيب في حكم محكمة استئناف القاهرة بتاريخ ١٩٩٨/٥/٣٠ (الدعوى رقم ١٠٥٨٩ سنة ١١٥ ق)، وكذلك الأمر بالنسبة لأحكام أكدت خضوع أعمال الإصلاح والصيانة، وأعمال الشحن والتفريغ، وأعمال الحفظ والتبريد، وأعمال حلج الأقطان، وأعمال الطحن ، وأعمال التحميل.

أما على الصعيد العملي، فقد أثبت العمل بتلك الضريبة في السنوات القليلة الماضية قبول المجتمع لها ودخولها في التوقعات المعتادة للمولين، الأمر الذي يدل عليه من جهة أولي انتظام أغلب الممولين في السداد بما جعل حصيلة هذه الضريبة منذ تطبيقها تتجاوز تسعة مليارات جنيه، كما تدل على قبول المجتمع لها من جهة ثانية، الاتفاقيات الجماعية المختلفة التي أبرمت فيها بين مصلحة الضريبة على المبيعات وجماعات عديدة من المكلفين بأداء الضريبة، ومن ذلك مثلاً الاتفاق الذي أبرم في ١٩٩٤/٤/١٠ بين مصلحة الضريبة على المبيعات وبين الإتحاد المصري لمقاولي التشييد والبناء بشأن الضريبة على أعمال المقاولات، وكذلك الاتفاقيات المماثلة بين المصلحة وبين كل من جمعيات نقل البضائع ، وجمعية النقل البحري، وجمعية الشحن والتفريغ والإتحاد التعاوني والإنتاجي.

وبالرغم من تواتر أحكام المحاكم المصرية على تأكيد اعتبار مختلف أنواع الخدمات السابقة من خدمات التشغيل للغير على النحو الذي بينته تفصيلاً قرارات مصلحة الضريبة على المبيعات، وبالرغم من انتظام معظم الممولين وقبولهم للضريبة، إلا أن استمرار الجدل والخلاف والتقاضي حول ذات الأمر دعا إلى تقدم الحكومة بمشروع القانون المقترح لتأكيد شمول مفهوم خدمات التشغيل للغير لكافة الخدمات المذكورة، وحسم أي خلاف حول هذا الأمر.

التعديل المقترح من الحكومة وتقرير مجلس الشورى بشأنه:

في ضوء ما سبق، تقدمت الحكومة المصرية بمشروع قانون بتعديل بعض أحكام قانون الضريبة العامة على المبيعات بحيث يتم تعديل البند الخاص بخدمات التشغيل للغير في الجدول رقم (٢) المرافق للقانون على نحو يجعله شاملاً لبعض أمثلة الخدمات المذكورة.

وبإحالة مشروع القانون إلى مجلس الشورى، قامت لجنة الشئون المالية والاقتصادية بدراسته وإعداد تقرير بشأنه انتهي إلى ضرورة إصدار تشريع بالفعل لوضع نهاية حاسمة للجدل القائم حول تفسير مفهوم "خدمات التشغيل للغير" . وقد نص التقرير المشار إليه إلى أن القانون المعروض "يعتبر ضماناً لتحقيق المساواة بين المؤدين للخدمات المختلفة ، خاصة وأن التعديل المقترح لم ينص على تغيير فئة الضريبة". كذلك نص التقرير على أنه "حفاظاً على انتظام عقد المجتمع الضريبي وتحقيقاً لمزيد من الاستقرار فيه وضماناً للتوحيد في التطبيق أصبح من المتعين صدور قانون يتضمن تعداداً لما يعد من خدمات التشغيل للغير وذكر أمثلة لأهمها مما خضع بالفعل للضريبة واستقر التطبيق بالنسبة إليه بصفة عامة".

ومع موافقة لجنة الشئون المالية والاقتصادية بمجلس الشورى بصفة عامة على مشروع القانون المقترح، إلا أنها رأت أنه بالنظر إلى أن المشروع المقترح لا ينشئ أي حكم جديد، بل يفسر أحكاماً قائمة بالفعل ومعمول بها منذ عام ١٩٩٢، فإن المشروع يكون في الواقع ذا أثر كاشف، وبالتالي يعد من أعمال التفسير التشريعي الكاشف لمعنى القاعدة القانونية التي سبق أن سنها المجلس من قبل، وليس من أعمال التشريع المنشئ لقواعد قانونية جديدة.

وهكذا انتهت لجنة الشئون المالية والاقتصادية بمجلس الشورى إلى تعديل مشروع القانون المقترح بحيث صار واضحاً أنه تفسير لذات أحكام القانون الصادر عام ١٩٩١ والمعدل عام ١٩٩٢، وبالتالي يعد تفسيراً تشريعياً.

وقد انتهت لجنة الخطة والموازنة بمجلس الشعب إلى ذات الفهم:

(المادة الأولى: تفسر عبارة "خدمات التشغيل للغير" الواردة قرين المسلسل رقم (١١) من الجدول رقم (٢) المرافق لقانون الضريبة العامة على المبيعات الصادرة بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ بحيث تشمل:

"عمليات التصنيع والتشغيل بما في ذلك تشغيل المعادن، استغلال وتشغيل الآلات والمعدات والأجهزة ، المقاولات، نقل البضائع والمواد، الإصلاح والصيانة، التركيب، الشحن والتفريغ، خدمات الدعاية والإعلان، الحفظ بالتبريد، التخزين، التحميل والتستيف والتعتيق، استغلال الأماكن المجهزة، خدمة الضمان ما بعد البيع، وغير ذلك من خدمات التشغيل للغير، وذلك كله متى أديت الخدمة للغير".

المادة الثانية: ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ، ومع مراعاة الأثر الكاشف للتفسير، يعمل به من تاريخ نشره).

والناظر لمناقشات أعضاء مجلس الشعب[١] يجد إشارة واضحة لهذا الانحراف التشريعي وقد أوضح الأعضاء أن المحكمة الإدارية العليا حسمت مفهوم التشغيل لدي الغير وأشار الأعضاء بوضوح وصراحة أن هذا التفسير يمثل تقرير الضريبة بأثر رجعي هو الأمر المخالف للدستور فهذا المشرع بقانون هو في حقيقته قانون ضريبي بفرض ضريبة جديدة، أو استحداث ضريبة جديدة وليس قانوناً تفسيريا[٢].

---

(١) أنظر مضبطة الجلسة السابعة والخمسين في ٢٠٠٢/٤/١٣ دور الانعقاد العادي الثاني الفصل التشريعي الثامن.

(٢) مناقشات العضو عادل عبدالمقصود عيد وأنظر مع الأسف رأي بعض رؤساء الهيئات القضائية السابقين المعينين في المجلس ومنهم رئيس مجلس الدولة السابق الذي دافع عن المشروع وأدلي ببعض البيانات غير الصحيحة.

وهكذا يظهر جلياً حقيقة التشريع وأنه تضمن تقرير ضريبة بأثر رجعي دون سند من الدستور وهو ما يصمه بالانحراف التشريعي.

وبعد هذا التطور انتهى مجلس الشعب من تجاوز فكرة الانحراف التشريعي إلى التطرق للانحراف الدستوري وهو ما سنعرض له.

الفصل الثالث

من الانحراف التشريعي إلى الانحراف الدستوري

لم يكن متصوراً أن يصل عيب الانحراف إلى تعديل الدستور ذاته بوصف أن التعديل تسبقه إجراءات قانونية يمر من خلالها التعديل على عدة مراحل وجهات ثم يختتم الأمر بوجوب إجراء استفتاء على هذا التعديل وهذه هي القواعد العامة في سائر الدساتير ولكن كما أمكننا أن نبرهن على وجود انحراف لدي السلطة التشريعية فيما تصدره من تشريعات فإن الأمر يمكن تصوره إذا تطرق الحديث عن انحراف السلطة التي خولها الدستور تعديله حيث يمكن أن يرد على عملها الانحراف فإذا تبين لنا أن تعديل الدستور يكون للبرلمان القول الفصل في الموافقة عليه لأمكن بسهولة تصور وجود انحراف في تعديل الدستور فهذا الأمر وارد على عمل البرلمان سواء فيما يعرف بالأعمال البرلمانية أو في سلطته في إصدار القانون ومن ثم في سلطته في تعديل الدستور[1] وبالرغم من تناول عديد من الباحثين الظروف الخارجية والداخلية[2] التي دعت السيد رئيس الجمهورية إلى الإعلان عن تعديل المادة ٧٦ من الدستور فهذه المسألة محل بحث للمتخصصين في العلوم السياسية وما يهمنا في هذا الخصوص ما جاء بخطاب السيد رئيس الجمهورية عن أغراض التعديل وأهدافه حيث دار خطاب رئيس الجمهورية للبرلمان عن عدة ضوابط

---

(١) ذهب المفكر الكبير المستشار طارق البشري إلى توضيح كيف سيكون هناك إنحراف في تعديل الدستور عند الأخذ بنظام القائمة في الإنتخابات دون إعطاء حق للمستقلين في دخول قوائم مشتركة ودون كفالة تكوين أحزاب سياسية حيث يصب التعديل في صالح الحزب الحاكم مطلقاً (إنظر مقاله بجريدة الكرامة بعنوان الإنقلاب على الدستور العدد ٣٥ بتاريخ ٢٠٠٦/٦/٦ ص ١٣.

(٢) ذهب الباحثون إلى أن الإعلان عن تعديل المادة ٧٦ من الدستور جاء في إطار تصاعد الضغوط الخارجية على مصر والدول العربية من أجل مقرطة هياكلها السياسية وأن الإعلان عن تعديل هذه المادة جاء ليخفف من حدة الانتقادات والضغوط الأمريكية الموجهة للسلطة في مصر انظر هذه الظروف بالتفصيل في كتاب مركز الدراسات السياسية والإستراتيجية في الأهرام التعديل الدستوري وانتخابات الرئاسة ٢٠٠٥ د. عمرو هاشم ربيع ص ٦٦ وما بعدها.

للتعديل أهمها في نظرنا تحقيق جميع الضمانات التي تكفل تقدم أكثر من مرشح إلى الشعب ليفاضل بينهم ويختار منهم بإرادته الحرة وهذا الضابط في نظرنا قد حدد هدف التعديل وبالتالي أضحى عدم إمكان تحقيق هذا الهدف يمثل انحرافا عن الهدف المخصص من التعديل ويعد بالتالي مخالفاً للمبادئ العليا للتعديل أو وفقاً للاتجاه الفقهي الذي يعد مخالفة الهدف المخصص انحرافا بالسلطة فيعد العيب هنا هو عيب الانحراف في استعمال سلطة تعديل الدستور.

وكانت المادة ٧٦ من الدستور قبل تعديلها تنص على أن:-

يرشح مجلس الشعب رئيس الجمهورية، ويعرض الترشيح على المواطنين لاستفتائهم فيه.

ويتم الترشيح في مجلس الشعب لمنصب رئيس الجمهورية بناء على اقتراح ثلث أعضائه على الأقل. ويعرض المرشح الحاصل على أغلبية ثلثي أعضاء المجلس على المواطنين لاستفتائهم فيه، فإذا لم يحصل على الأغلبية المشار إليها أعيد الترشيح مرة أخري بعد يومين من تاريخ نتيجة التصويت الأول، ويعرض المرشح الحاصل على الأغلبية المطلقة لأعضاء المجلس على المواطنين لاستفتائهم فيه.

ويعتبر المرشح رئيساً للجمهورية بحصوله على الأغلبية المطلقة لعدد من أعطوا أصواتهم في الاستفتاء . فإن لم يحصل المرشح على هذه الأغلبية رشح المجلس غيره. وتتبع في شأن ترشيحه وانتخابه الإجراءات ذاتها.

وجدير بالذكر أن المادة ١٨٩ من الدستور تنص على أن:-

لكل من رئيس الجمهورية ومجلس الشعب طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور ، ويجب أن يذكر في طلب التعديل المواد المطلوب تعديلها والأسباب الداعية إلى هذا التعديل.

فإذا كان الطلب صادراً من مجلس الشعب وجب أن يكون موقعاً من ثلث أعضاء المجلس على الأقل.

وفي جميع الأحوال يناقش المجلس مبدأ التعديل ويصدر قراره في شأنه بأغلبية أعضائه، فإذا رفض الطلب لا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضي سنة على هذا الرفض.

وإذا وافق مجلس الشعب على مبدأ التعديل، يناقش بعد شهرين من تاريخ هذه الموافقة، المواد المطلوب تعديلها، فإذا وافق على التعديل ثلثا عدد أعضاء المجلس عرض على الشعب لاستفتائه في شأنه.

فإذا وافق على التعديل اعتبر نافذاً من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء.

وقد جاءت ضوابط التعديل وفقاً لاقتراح رئيس الجمهورية في خطابه الموجه لمجلس الشعب على النحو التالي:-

السيد الأستاذ الدكتور/ أحمد فتحي سرور

رئيس مجلس الشعب

تحية طيبة وبعد،

حيث أن المادة ١٨٩ من الدستور تنص على أن "لكل من رئيس الجمهورية ومجلس الشعب طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور، ويجب أن يذكر في طلب التعديل المواد المطلوب تعديلها والأسباب الداعية لهذا التعديل".

وتدعيماً لمسيرة الديمقراطية التي تحرص عليها كل الحرص، ورغبة منا في أن يتم اختيار رئيس الجمهورية الذي اقترب موعده بما يحقق تطوير وتدعيم النظام الديمقراطي وإعلاء دور الشعب صاحب السيادة ، فلقد رأيت من واجبي أن أطلب تعديل المادة ٧٦ من الدستور وإضافة مادة جديدة إلى نصوصه برقم ١٩٢ مكرراً.

ويطيب لي أن أضع أمام نواب الشعب بعض المبادئ الأساسية التي

أراها كفيلة بتحقيق الغرض من التعديل:

أولاً:- انتخاب رئيس الجمهورية عن طريق الاقتراع السري العام المباشر من جميع أفراد الشعب الذين لهم حق الانتخاب.

ثانياً:- تحقيق جميع الضمانات التي تكفل تقديم أكثر من مرشح إلى الشعب ليفاضل بينهم ويختار منهم بإرادته الحرة.

ثالثاً:- كفالة الوسائل اللازمة لضمان جدية الترشيح للرئاسة، ومن ذلك أن يحصل من يرغب في الترشيح على تأييد من ممثلي الشعب المنتخبين في المؤسسات الدستورية وفي المجالس الشعبية المحلية.

رابعاً:- إتاحة الفرصة للأحزاب السياسية في أن ترشح أحد قياداتها وفقاً للضوابط التي ترونها لخوض أول انتخابات رئاسية تجري في ضوء هذا التعديل.

خامساً:- تشكيل لجنة عليا يكفل لها الاستقلال الكامل والحيدة وتعطي كافة الصلاحيات، تقوم بالإشراف على العملية الانتخابية من يوم التقدم بالترشيح وحتى إعلان نتيجة الانتخاب، على أن تضم في تشكيلها عدد من رؤساء الهيئات القضائية وعدد من الشخصيات العامة.

سادساً:- إجراء الاقتراح لانتخاب رئيس الجمهورية في يوم واحد.

سابعاً:- وضع الضمانات الكفيلة بتحقيق إشراف قضائي على عملية الاقتراع.

وتهدف المادة ١٩٢ مكررا التي تقترح إضافتها إلى أن يستبدل بكلمة الاستفتاء الواردة في الدستور كلمة الانتخاب في جميع المواد التي تتعلق باختيار رئيس الجمهورية.

ولقد كانت الطريقة التي أخذ بها نص المادة ٧٦ المقترح تعديله تجعل اختيار رئيس الجمهورية أمراً مشتركاً بين ممثلي الشعب في مجلسه التشريعي والشعب ذاته، إذ يتولي مجلس الشعب ترشيح رئيس الجمهورية ثم يعرض هذا الترشيح على المواطنين لاستفتائهم فيه، وبذلك، يساهم البرلمان مع الشعب في هذا الاختيار. ولقد دارت مناقشات مستفيضة في اللجنة التحضيرية التي شكلت لوضع دستور ١٩٧١ عند وضع هذا النص، وجرت في هذا الشأن مفاضلة بين طريقتين، تتجه إحداهما إلى اختيار رئيس الجمهورية عن طريق الانتخاب المباشر بواسطة الشعب ، بينما تذهب الثانية إلى أن يتم الاختيار عن طريق البرلمان، وارتأت اللجنة آنذاك أن تتخذ طريقاً وسطاً بين الطريقتين وأن تمزج بينهما، مشايعة في ذلك ما سارت عليه الدساتير المصرية الصادرة بعد إلغاء النظام الملكي وإعلان الجمهورية، حيث أخذ كل من دستور ١٩٥٦ ودستور ١٩٦٤ بهذا الاتجاه.

ولم يكن هذا النظام الذي أقره دستور ١٩٧١ لاختيار رئيس الجمهورية غريباً على الفكر الدستوري، ولكنه نظام أخذت به بعض الدول في مرحلة من مراحل تطورها الديمقراطي. وإذا كان هذا النظام قد وفر البلاد أمنا واستقرارا حتى استطاعت أن تحرر كامل ترابها من العدوان الذي وقع عليها وتمكنت من أن ترسي دعائم الاستقرار الاقتصادي والسياسي والاجتماعي ، فإن الحفاظ على هذه المكاسب لا يتأتي إلا باتجاه نحو تحقيق مزيد من الديمقراطية وأولي مظاهره أن يكون للشعب الكلمة الأولي والأخيرة في اختيار رئيس الجمهورية عن طريق انتخاب مباشر، يفتح من خلال السبيل للترشيح لكل من يجد في نفسه القدرة على خدمة هذا الوطن وتحقيق آماله وطموحاته ويحصل على تأييد لترشيحه من أعضاء المؤسسات الدستورية والشعبية المنتخبة، وفي هذا ما يؤدي إلى توسيع مشاركة الشعب ويفتح المجال أمام جميع الناخبين ليختاروا رئيس الجمهورية من بين أكثر من مرشح.

ولذلك حرصنا على أن نضمن المبادئ التي يجب أن يقوم عليها التعديل المقترح ، أن يحقق هذا التعديل كافة الضمانات التي تكفل تقديم أكثر من مرشح إلى الشعب ليفاضل بينهم ويختار منهم من يراه.

ولكي يكون هناك جدية في الترشيح، تطلبنا أن يكفل التعديل الوسائل اللازمة لضمان هذه الجدية، وذلك بأن يزكي المرشح لرئاسة الجمهورية من ممثلي الشعب المنتخبين في مؤسساته الدستورية ومجالسة الشعبية المحلية. وأمام حداثة التعديل المقترح لنص المادة ٧٦ ورغبة في إنجاح الطريقة التي طالبنا بها لاختيار رئيس الجمهورية ودعمها، وإعطاء فرصة أكبر لتعدد الترشيحات في الانتخابات الرئاسية الأولي التي تتم بعده، حرصنا على أن نضع ضمن هذه المبادئ ضرورة إتاحة الفرصة للأحزاب السياسية في أن ترشح أحد قياداتها لخوض انتخابات رئاسة الجمهورية القادمة.

وحتى تتم هذه الانتخابات في إطار من الحيدة والنزاهة والشفافية، طلبنا تشكيل لجنة تتمتع بالاستقلال الكامل، تتولي الإشراف على العملية الانتخابية من يوم التقدم بالترشيح وحتى إعلان نتيجة الانتخاب. على أن يعطي لهذه اللجنة، التي تضم في تشكيلها عدد من رؤساء الهيئات القضائية، كافة الصلاحيات لتؤدي دورها على أكمل وجه وبحيدة كاملة.

ورغبة في تحقيق الاستقرار وعدم إطالة المدة التي يجري فيها الاقتراع، اقترحنا أن يجري الاقتراع لانتخاب رئيس الجمهورية في يوم واحد ، على أن توضع الضمانات الكفيلة بتحقيق إشراف قضائي على عملية الاقتراع.

إن التعديل المطلوب ، والذي يتم لأول مرة في تاريخ الحياة السياسية في مصر منذ بداية نشأتها، هو ثمرة ما تحقق من استقرار، وهو حلقة من حلقات التطور الديمقراطي الذي يمر به المجتمع. ونأمل بهذا التعديل أن نعمق المسيرة الديمقراطية، وأن نحقق لشعبنا ما يصبو إليه من رفعة ورخاء.

والله أسأل وهو خير المستعان ونعم المولي ونعم النصير.

محمد حسني مبارك

رئيس الجمهورية

وتدوول هذا الاقتراح أمام مجلسي الشعب والشورى[١] ويمكن تلخيص الخطوات التي أعقبت تقدم السيد رئيس الجمهورية بطلبه سالف البيان فيما يلي:-

قام رئيس مجلس الشعب وبعد ورود مشروع القانون للمجلس ، بإحالته للجنة الشئون الدستورية والتشريعية في ٨ يونيو ٢٠٠٥ ، والتي عقدت أربعة اجتماعات أيام ٩و ١١ و ١٢ و ١٤ يونيه ٢٠٠٥ لمناقشة هذا المشروع مع مقترحات الأعضاء، وإعداد تقرير عنها يعرض على المجلس . وانتهت اللجنة في تقريرها إلى أن المقترحين المقدمين من العضوين: عبدالمنعم العليمي، وأبو النجا المحرزي يتفقان من حيث المبدأ مع مشروع القانون المقدم من الحكومة، وعمالاً لنص المادة ١٦٦ من اللائحة الداخلية للمجلس اعتدت اللجنة بمشروع القانون المقدم من الحكومة أساساً لدراستها واعتبار الإقتراحين بمشروعي قانونين كاقتراحين بالتعديل. وأكدت اللجنة على أن مشروع القانون جاء متسقاً مع المادة ٧٦ من الدستور، علاوة على استحسانها للإضافات التي قدمها مجلس الشورى في صياغته لمواد مشروع القانون، وأجرت اللجنة إستحسانات لغوية وقانونية مماثلة لضبط الصياغة، غير أن اللجنة قامت بحذف المادة (٢٤) من مشروع القانون وهي المادة المتعلقة بأن ما تبثه وسائل الإعلام بشأن مباشرة رئيس الجمهورية لمهامه وأعماله – إذا كان من بين المرشحين لانتخابات الرئاسة – لا يعتبر من قبيل الدعاية الانتخابية وذلك لأنها من وجهة نظر اللجنة – لا تنتج أثراً ولا تضيف جديداً.

وعلى مدار خمس جلسات عقدت أيام ١٤ و ١٥ و ١٦ يونية ٢٠٠٥. ناقش المجلس مشروع القانون، وقد تحدث في هذه الجلسات ٧٥ عضواً وبنسبة ١٦,٥ % فقط من إجمالي أعضاء المجلس البالغ عددهم ٤٥٤ عضواً، يتوزعون على ٤٤ عضواً من الحزب الوطني و ٣ أعضاء من حزب التجمع و

---

(١) أنظر تفاصيل ذلك في كتاب التعديل الدستوري وانتخابات رئاسة ٢٠٠٥ سالفة البيان ص ٩٤ وما بعدها.

٢ من حزب الوفد، وثلاثة من حزب الغد، وعضو من حزب الأحرار، و٢٢ عضواً من المستقلين. وانتهي إلى الموافقة عليه بأغلبية أعضائه، واعتراض ١٦ عضوا من المستقلين، وجميع أعضاء الهيئة البرلمانية لحزب الوفد وأعضاء حزب الغد وأعضاء حزب التجمع، في حين امتنع العضو عادل عيد عن التصويت نظراً لتضمن المشروع بقانون العديد من القيود والعراقيل التي تحول دون المرشح المنافس لممارسة حقه المشروع في الدعاية والاتصال بالناخبين، وعدم خضوع مرحلة الدعاية الانتخابية لإشراف قضائي حقيقي، واستحداث أثنتى عشرة جريمة تستهدف كلها المرشحين المنافسين.

رأي المحكمة الدستورية العليا:

وفقاً لنص الفقرة الأخيرة من المادة (٧٦) من الدستور، رفع مجلس الشعب القانون لرئيس الجمهورية الذي أرسله بدوره للمحكمة الدستورية العليا لإبداء الرأي الدستوري في مواده وبجلستها المنعقدة في يوم ٢٦ يونيه ٢٠٠٥ وبرئاسة المستشار ممدوح مرعي رئيس المحكمة، قررت المحكمة الدستورية عدم مطابقة الفقرة الثانية من المادة (٥) والمواد (٢٢) و (٤٩) و (٥٤) و (٥٥) من مشروع القانون لأحكام الدستور، بالإضافة إلى أن المادة (١٣٠) و (١٨) تثار بشأنها شبهة عدم الدستورية. لذا قام رئيس الجمهورية بإعادة مشروع القانون لمجلس الشعب لإعادة النظر في هذه المواد. وبما يتفق مع اقتراحات المحكمة الدستورية بشأنها، وعقد المجلس جلستين في يومي ٢٩ و ٣٠ يونيه لإقرار هذه التعديلات بموافقة أغلبية أعضائه، ورفعه لرئيس الجمهورية لإصداره.

(المادة الأولي)

يستبدل بنص المادة (٧٦) من الدستور ، النص الآتي:-

(مادة ٧٦)

"ينتخب رئيس الجمهورية عن طريق الاقتراع السري العام المباشر.

ويلزم لقبول الترشيح لرئاسة الجمهورية أن يؤيد المتقدم للترشيح مائتان وخمسون عضواً على الأقل من الأعضاء المنتخبين لمجلس الشعب والشورى والمجالس الشعبية المحلية للمحافظات ، على ألا يقل عدد المؤيدين عن خمسة وستين من أعضاء مجلس الشعب وخمسة وعشرين من أعضاء مجلس الشورى، وعشرة أعضاء من كل مجلس شعبي محلي للمحافظة من أربع عشرة محافظة على الأقل. ويزاد عدد المؤيدين للترشيح من أعضاء كل من مجلس الشعب والشورى من أعضاء المجالس الشعبية المحلية للمحافظات بما يعادل نسبة ما يطرأ من زيادة على عدد أعضاء أي من هذه المجالس وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يكون التأييد لأكثر من مرشح، وينظم القانون الإجراءات الخاصة بذلك كله.

وللأحزاب السياسية التي مضى على تأسيسها خمسة أعوام متصلة على الأقل قبل إعلان فتح باب الترشيح، واستمرت طوال هذه المدة في ممارسة نشاطها مع حصول أعضائها في آخر انتخابات على نسبة (٥ %) على الأقل من مقاعد المنتخبين في كل من مجلس الشعب ومجلس الشورى، أن ترشح لرئاسة الجمهورية أحد أعضائها هيئتها العليا وفقاً لنظامها الأساسي متى مضى على عضويته في هذه الهيئة سنة متصلة على الأقل.

واستثناء من حكم الفقرة السابقة، يجوز لكل حزب سياسي أن يرشح في أول انتخابات رئاسية تجري بعد العمل بأحكام هذه المادة أحد أعضاء هيئته العليا المشكلة قبل العاشر من مايو سنة ٢٠٠٥، وفقاً لنظامه الأساسي.

وتقدم طلبات الترشيح إلى لجنة تسمي "لجنة الانتخابات الرئاسية" تتمتع بالاستقلال، وتشكل من رئيس المحكمة الدستورية العليا رئيساً، وعضوية كل من رئيس محكمة استئناف القاهرة، وأقدم نواب رئيس المحكمة الدستورية العليا، وأقدم نواب رئيس محكمة النقض، وأقدم نواب رئيس مجلس الدولة، وخمسة من الشخصيات العامة المشهود لها بالحياد، يختار ثلاثة منهم مجلس الشعب ويختار الاثنين الأخرين مجلس الشورى وذلك بناء على اقتراح مكتب

كل من المجلسين وذلك لمدة خمس سنوات، ويحدد القانون من يحل محل رئيس اللجنة أو أي من أعضائها في حالة وجود مانع لديه.

وتختص هذه اللجنة دون غيرها بما يلي:-

١- إعلان فتح باب الترشيح والإشراف على إجراءاته وإعلان القائمة النهائية للمرشحين.

٢- الإشراف العام على إجراءات الاقتراع والفرز.

٣- إعلان نتيجة الانتخاب.

٤- الفصل في كافة التظلمات والطعون وفي جميع المسائل المتعلقة باختصاصها بما في ذلك تنازع الاختصاص.

٥- وضع لائحة لتنظيم أسلوب عملها وكيفية ممارسة اختصاصاتها.

وتصدر قراراتها بأغلبية سبعة من أعضائها على الأقل، وتكون قراراتها نهائية ونافذة بذاتها، غير قابلة للطعن عليها بأي طريق وأمام أية جهة كما لا يجوز التعرض لقراراتها بالتأويل أو بوقف التنفيذ، ويحدد القانون المنظم للانتخابات الرئاسية الاختصاصات الأخرى للجنة.

كما يحدد القانون القواعد المنظمة لترشيح من يخلو مكانه من أحد المرشحين لأي سبب غير التنازل عن الترشيح في الفترة بين بدء الترشيح وقبل انتهاء الاقتراح.

ويجري الاقتراع في يوم واحد وتشكل لجنة الانتخابات الرئاسية اللجان التي تتولي مراحل العملية الانتخابية والفرز، على أن تقوم بالإشراف عليها لجان عامة تشكلها اللجنة من أعضاء الهيئات القضائية. وذلك كله وفقاً للقواعد والإجراءات التي تحددها اللجنة.

ويعلن انتخاب رئيس الجمهورية بحصول المرشح على الأغلبية المطلقة لعدد الأصوات الصحيحة، فإذا لم يحصل أي من المرشحين على هذه الأغلبية أعيد الانتخاب بعد سبعة أيام على الأقل بين المرشحين اللذين حصلا على أكبر عدد من الأصوات، فإذا تساوي مع ثانيهما غيره في عدد الأصوات الصحيحة اشترك في انتخابات الإعادة، وفي هذه الحالة يعلن فوز من يحصل على أكبر عدد من الأصوات الصحيحة.

ويتم الاقتراع لانتخاب رئيس الجمهورية حتى ولو تقدم للترشيح مرشح واحد، أو لم يبق سواه بسبب تنازل باقي المرشحين أو لعدم ترشيح أحد غير من خلا مكانه، وفي هذه الحالة يعلن فوز المرشح الحاصل على الأغلبية المطلقة لعدد من أدلوا بأصواتهم الصحيحة. وينظم القانون ما يتبع في حالة عدم حصول المرشح على هذه الأغلبية.

ويعرض رئيس الجمهورية مشروع القانون المنظم للانتخابات الرئاسية على المحكمة الدستورية العليا بعد إقراره من مجلس الشعب وقبل إصداره لتقرير مدي مطابقته للدستور.

وتصدر المحكمة قرارها في هذا الشأن خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ عرض الأمر عليها. فإذا قررت المحكمة عدم دستورية نص أو أكثر من نصوص المشروع رده رئيس الجمهورية إلى مجلس الشعب لإعمال مقتضي هذا القرار. وفي جميع الأحوال يكون قرار المحكمة ملزماً للكافة ولجميع سلطات الدولة، وينشر في الجريدة الرسمية خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره".

(المادة الثانية)

تضاف مادة جديدة برقم ١٩٢ مكرراً إلى مواد الدستور نصها الآتي:-

"مادة "١٩٢" مكرراً)

تستبدل كلمة "الانتخاب" بكلمة "الاستفتاء" أينما وردت في الدستور فيما يتعلق باختيار رئيس الجمهورية".

(المادة الثالثة)

يعتبر التعديل المنصوص عليه في المادتين السابقتين نافذاً من تاريخ إعلان نتيجة الإستفتاء".

كما صدر تنفيذاً لهذا التعديل الدستوري القانون رقم ١٧٤ لسنة ٢٠٠٥[١] بتنظيم الانتخابات الرئاسية وجاء في مجمله تفصيلا لما ورد بالتعديل الدستوري سالف البيان.

وفور صدور التعديل الدستوري والقانون المنفذ له ثارت الاعتراضات عليه حيث أوضح المعترضون بجلاء أن هذا التعديل ما هو إلا عودة للمادة ٧٦ قبل تعديلها وما هو إلا استفتاء في صورة انتخاب ويمكن تلخيص ما دار في هذا الخصوص فيما يلى:-

بعدما أقر مجلس الشعب النص النهائي لتعديل المادة ٧٦، أبدت معظم منظمات حقوق الإنسان اعتراضاتها وتحفظاتها حول نص تعديل هذه المادة وهو ما بدا – مثلاً – في بيان أصدره مركز الجنوب لحقوق الإنسان بتاريخ ١٠ مايو ٢٠٠٥ وجاء فيه أن مركز الجنوب لحقوق الإنسان تابع مناقشات مجلس الشعب بشأن تعديل المادة ٧٦ من الدستور ببالغ الإحباط وخيبة الأمل، فما حدث هو مجرد إعادة صياغة لما كان عليه الحال في السابق، وإعطاء فرصة أكبر لتزوير إرادة الناخبين وفرض الوصاية على اختيارات المواطن المصري لرئيسه ، عبر قيود تعجيزية لا تكفل ممارسة حقه في التقدم للترشيح لمنصب رئيس الجمهورية وتتناقض مع دعوة الرئيس مبارك لتعديل المادة ٧٦ من الدستور..".

"إن ما جاء في تعديلات المادة ٧٦ – كما يضيف البيان – هو مخيب للآمال. إذ لم تشر إلى إلغاء حالة الطوارئ أو على الأقل تجميدها في فترة الانتخابات، كما أنها تضع المرشحين المستقلين، وهم غالباً من التيارات

---

(١) الجريدة الرسمية العدد ٢٦ مكرر في ٢ يوليو سنة ٢٠٠٥.

السياسية التي لا يسمح لها بتأسيس أحزاب، في قبضة الحزب الحاكم المتمثل في مجلس الشعب والشورى والمجالس المحلية، إذ يشترط أن يحصل المرشح المستقل على تزكية ٢٥٠ عضواً من أعضاء المجالس المذكورة التي جاءت أغلبها نتيجة التزوير وقضت بذلك قرارات محكمة النقض، كما أن المواطن الذي صوت في انتخابات هذه المجالس لم يكن يعلم أنها ستحدد له مصيره بهذا الشكل.

وفيما يتعلق بلجة الإشراف على الانتخابات الرئاسية أشار البيان إلى أنه أريد لها أن تكون بعيدة عن الحياد تماماً باختيار خمسة من الشخصيات العامة التي سيرشحها مجلسا الشعب والشورى، كما أنها تهدر حق الطعن على قراراتها بما يمثل انتهاكا صريحاً لحق المرشح في الطعن على قراراتها، كما أنها لن تكون مسئولة عن العملية الانتخابية كلية، حيث أنها لن تقوم بأية تعديلات لتنقية الجداول الانتخابية من المتوفين والأسماء المكررة.

وطالب مركز الجنوب الرئيس مبارك بعدم التصديق على تعديلات المادة ٧٦ ودعوة مجلس الشعب لإعداد صياغة جديدة تكفل حق المواطن المصري في الترشيح لمنصب الرئاسة بدون قيود ، كما دعا إلى التصويت بالرفض في الاستفتاء المقرر إجراؤه على تعديل هذه المادة حتى يمكن الوصول إلى صياغة ديمقراطية في ظل عملية تغيير جذري وشامل وإصلاح حقيقي للحياة السياسية في مصر".

وقد توالت الانتقادات التي وجهتها منظمات حقوق الإنسان إلى الصياغة التي وافق عليها مجلس الشعب لتعديل المادة ٧٦، حيث أعرب – على سبيل المثال – مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان – كما جاء في مقال لعصام الدين حسن تحت عنوان "وانكشف المستور في تعديل المادة ٧٦ من الدستور" – على "أن الحكومة وبرلمانها الذي يسيطر عليه الحزب الوطني قطعت الطريق على الآمال أو الأوهام التي تعلقت على مبادرة رئيس الجمهورية بالإعلان عن خوض الانتخابات الرئاسية القادمة على أساس تنافسي وعبر الاقتراع الحر المباشر من قبل المواطنين".

فقد وافق مجلس الشعب – كما يضيف المقال – بأغلبية كاسحة كالمعتاد على صياغة النص المقترح للمادة ٧٦ التي طلب الرئيس تعديلها، وهو التعديل الذي جاء ضارباً عرض الحائط بغالبية الاقتراحات والآراء التي حذرت من تقويض هذه المبادرة ؛ ووضع شروط تعجيزية تجعل من المستحيل على الأحزاب القائمة والقوى المحجوبة عن الشرعية ناهيك عن الشخصيات المستقلة خوض هذه الانتخابات.

كما استخف التعديل الذي تم اعتماده بمطالب الأحزاب والقضاة وأساتذة الجامعات وخبراء القانون ونشطاء حقوق الإنسان في أن يوكل الإشراف على الانتخابات إلى لجنة قضائية مستقلة لا تتدخل السلطات في تشكيلها.

وقد حاول خبراء الحكومة ومستشاروها في الإصلاح – كما يضيف المقال – إقناع الرأي العام بمنطلقات تبدو موضوعية من قبيل أن التعديل ينطلق من النظر إلى المستقبل الذي يفترض أن يشهد إصلاحات في مناخ مختلفة تعود بالفاعلية على الحياة السياسية والحزبية، ومن ثم لا ينبغي محاكمة التعديل من منطلقات ماضية تبني أحكامها على تراث طويل للاستبداد والمصادرة، أو أن هذا التعديل إنما ينطلق من رغبة مزعومة للحكومة وحزبها في تدعيم التعددية الحزبية لتكون بالفعل أساساً للنظام السياسي، ومن ثم انحاز التعديل إلى الاختيار على أسس حزبية من عدم إغفال حق المستقلين في الترشيح.

غير أن وجاهة هذه المبررات – كما تضيف المقالة – لا تجد سنداً حقيقياً على أرض الواقع، فالحكومة وبرلمانها لم يتخذا خطوة عملية باتجاه إلغاء العقوبات السالبة للحرية في جرائم الصحافة والنشر والتعبير، رغم وعد رئاسي مضي عليه أكثر من أربعة عشر شهراً ولو أن الحكومة وحزبها يريدان حقاً دعم التعددية الحزبية، فإن ذلك لا يستقيم مع الإبقاء على الهيكل الأساسي لقانون الأحزاب السياسية سيء السمعة أو محاولة ترقيعه بتعديلات تزيده تعقيداً، وتبقي على لجنة شئون الأحزاب السياسية البغيضة حتى وإن ضمت في تشكيلها إلى جانب رموز حزب الحكومة بعضاً من المنتمين للهيئات القضائية والشخصيات العامة، ويضيف إلى صلاحيات هذه اللجنة التدخل في شئون الأحزاب بدعوى التأكد من إتباع الأحزاب للقواعد الديمقراطية.

ولو أن الحكومة وحزبها يريدان حقاً تدعيم التعددية الحزبية، ما كان لهما أن يرفضا إجراء الانتخابات وفقاً لنظام القوائم النسبية غير المشروطة، الذي يضمن مجالاً أرحب لحصول الأحزاب على مقاعد البرلمان. ويتضافر مع ذلك كله إصرار الحكومة وحزبها على إبقاء حالة الطوارئ بصورة أبدية أو في أحسن الأحوال التفكير في الإبقاء على الصلاحيات الواسعة التي تتمتع بها أجهزة الأمن في حالات الطوارئ في إطار قانون أشمل باسم مكافحة الإرهاب، والإبقاء على القيود القانونية التي تحصر العمل السياسي والحزبي داخل الغرف المغلقة، وتجاهل المطالب المرفوعة من قبل قضاء مصر منذ أكثر من أربعة عشر عاماً من أجل تعزيز استقلال القضاء وحصانته.

"فعن أي إصلاح وعن أي مستقبل يتحدث "دعاة الإصلاح" داخل الحكومة وحزبها الوطني الديمقراطي"؟!

هكذا جاء فيما يتعلق بالانتقادات التي وجهها مركز القاهرة لنص تعديل المادة ٧٦، وهو ما اتفق معه عديد من منظمات حقوق الإنسان الأخرى، حسبما أشارت كثير من التقارير والبيانات الصادرة عنها...[١]

ويمكن القول بأن التعديل الدستوري وما تلاه من إجراءات شابت عملية الاستفتاء عليه وانتخابات الرئاسة كانت بداية انشقاق المؤسسة القضائية على نفسها على النحو التالي:-

١ـ المؤسسة القضائية الحكومية:

تشمل هذه المؤسسة كافة الأجهزة والمحاكم المنصوص علي تشكيلها ووظائفها وأدوارها في الدستور والقوانين المكملة له، والتي تتألف من المحكمة الدستورية العليا، ومحكمة النقض، ومجلس الدولة، والنيابة الإدارية، والنيابة العامة، والمجلس الأعلى للهيئات القضائية والملاحظ أن هذه الأجهزة قد قابلت

---

(١) التعديل الدستوري وانتخابات الرئاسة ٢٠٠٥ المرجع السابق ص ١٧٩.

قرار الرئيس مبارك بتعديل الدستور - كسائر الهيئات والأجهزة المؤسسية الأخرى في النظام السياسي بترحاب شديد، واعتبرتها خطوة أولي وتاريخية في طريق الإصلاح السياسي بمصر، إلا أن هذه الأجهزة والمؤسسات امتنعت عن إبداء أرائها في مضمون التعديل الدستوري، أو في مضمون القوانين التي لحقت بهذا التعديل والتي شملت القانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية وتعديلاته، والقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ بنظام الأحزاب السياسية وتعديلاته، والقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب وتعديلاته، والقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٨٠ في شأن مجلس الشورى وتعديلاته . وذلك انطلاقا من مبدأين مستقرين وحاكمين لردود فعل ودور هذه المؤسسات، وهما: عدم التدخل في أعمال السلطتين التنفيذية والتشريعية ارتكازا على المبدأ الدستوري الخاص بالفصل بين أعمال السلطات التنفيذية والتشريعية والقضائية، والرقابة اللاحقة لهذه المؤسسات على مدي دستورية هذه القوانين وتوافر عنصري الحيادية والنزاهة في تطبيق وإنفاذ هذه القوانين على المؤسسات والأجهزة والمواطنين.

لذا نأت هذه المؤسسات بنفسها عن التدخل في صياغة التعديل الدستوري والقوانين السابقة، وتركت الحكم على جودة أو قصور هذه التشريعات للأجهزة القضائية كل في مجال اختصاص ونطاق عمله المبين له في الدستور والقوانين المكملة له.

كما نأت هذه المؤسسات بنفسها أيضاً عن استغلال الظروف المصاحبة لإقرار التشريعات السابقة في المطالبة بمكاسب مهنية تخص المهنة ذاتها أو العاملين فيها، والتي يشملها قانون السلطة القضائية، بل اتجهت هذه المؤسسات في مرحلة تالية إلى رفض المطالب التي رفعتها المؤسسات القضائية غير الحكومية، والتي تتمثل تحديداً في نوادي القضاة في القاهرة والأقاليم بإقرار التعديلات التي اقترحها القضاة على قانون السلطة القضائية، وأكدت على أن هناك طرقاً ومسالك حددها الدستور للوصول لهذا الهدف وعلى الجميع

احترامها، ووفقاً لهذه المسالك أعلن المجلس الأعلى للقضاء انتهاءه من إقراره هذه التعديلات وإحالته مشروع القانون بتعديلاته لوزارة العدل، التي تعكف دراسته وإحالته لمجلسي الشورى والشعب تمهيداً لإقراره.

وأصدر المجلس الأعلى للقضاة ثلاث بيانات أكد فيها على ضرورة تماسك أعضاء الجماعة القضائية في هذه الظرف التي تمر به مصر، والحرص على أدائهم لمهامهم التي شرفهم الدستور بحملها كل في مجال عمله واختصاصه، وذلك عقب عقد نادي القضاة اجتماعا لجمعيته العمومية في ١٣ مايو ٢٠٠٥ وربطه بين إشرافهم على الانتخابات وبين أمرين: أولهما صدور مشروعهم لتعديل قانون السلطة القضائية، والذي يكفل لهم استقلالا حقيقيا عن السلطة التنفيذية. والثاني تعديل قانون مباشرة الحقوق السياسية بما يكفل لهم الإشراف الكامل على الانتخابات بجميع مراحلها. وبعد عقد الجمعية العمومية لنادي القضاة واتخاذها قراراً بمشاركة القضاة في الإشراف على الاستفتاء على تعديل المادة (٧٦) من الدستور في ٢٥ مايو، أشارت إلى أن تلك المشاركة ستكون محل تقييم لجنة خاصة لتقصي الحقائق عن إشراف القضاة على استيفاء تعديل الدستور.

ومع توالي تطورات الأحداث الخاصة بدور القضاة في الإشراف على عملية الاستفتاء على تعديل الدستور في ٢٥ مايو الماضي، وقيام اللجنة العليا للانتخابات الرئاسية في بداية سبتمبر باستبعاد نحو ١٦٠٠ قاض من الإشراف على الانتخابات الرئاسية، وقيام أكثر من مرشح في انتخابات الرئاسة بتضمين مطلب تعديل قانون السلطة القضائية في برنامجه الانتخابي، اتجهت المؤسسات القضائية الرسمية ومن أبرزها المجلس الأعلى للقضاء إلى إعلان حيادها التام في مواجهة هذه التطورات ، وطالبت القضاة بالالتزام بواجبهم وشرف المهنة وعدم الانصياع لمطالب "قلة مارقة" من القضاة، وإتباع كافة الوسائل والطرق الشرعية الخاصة بالاعتراض على قرارات لجنة الانتخابات الرئاسية.

وفقاً للعرض السابق يتضح مدي اتساع الهوة بين مواقف الأجهزة والمؤسسة القضائية الرسمية وبين المؤسسات القضائية غير الحكومية وتحديداً نوادي القضاة، والتي يكشف جانب منها التصريحات العدائية المتبادلة بينهما، والتي اتهم كل منهما الآخر باتهامات أو بأوصاف لا تليق بالعاملين في مهنة القضاء مثل "القلة المارقة" والحرص على الحياة الدنيا و "الانصياع لرغبات أصحاب السلطة"، بالإضافة إلى تنازل المؤسسة الرسمية في إطار الاعداد للإشراف القضائي على انتخابات رئاسة الجمهورية عن اختصاصاتها في اختيار وندب القضاة والمستشارين لأعمال الانتخابات وتوزيعهم في اللجان العامة أو اللجان الفرعية للجنة الانتخابية الرئاسية.

أما في جانب الرقابة القضائية اللاحقة على التعديل الدستوري والتشريعات والقوانين اللاحقة له، فقد حظي أداء المؤسسات القضائية الرسمية في هذا الإطار بالاحترام والتقدير من كافة القوى والجماعات السياسية ، حيث استندت في أداء وظيفتها لحكم وسيادة القانون والدستور. ومن أبرز محطات هذه الرقابة:

(أولا) وقف محكمة القضاء الإداري بجلستها في ٣ سبتمبر ٢٠٠٥ تنفيذ القرار السلبي لرئيس اللجنة العليا للإنتخابات بمنع منظمات ومؤسسات المجتمع المدني من متابعة سير العملية الإنتخابية من داخل لجان التصويت، وأقامت المحكمة حكمها على أن القرار المطعون فيه يخرج عن الاختصاصات المحددة حصراً إلى لجنة الانتخابات الرئاسية، ولا يندرج في مفهوم الإشراف العام على الانتخابات المعهود به إليها، وأن القرار بذلك لا يخرج عن كونه قراراً إدارياً يخضع لرقابة القضاء الإداري كما أن منظمات المجتمع والمنظمات القائمة على أمور تتصل بحقوق الإنسان، تخضع في عملها لرقابة السلطة التنفيذية والتي تشرف على قيام هذه المنظمات باختصاصاتها والتي تتحقق في متابعة نزاهة العملية الانتخابية وتعريف المواطنين بأهمية الانتخابات والتأكيد على واجب مشاركة المواطنين في العملية الانتخابية، مما يضحى معه قرار اللجنة صادراً من غير مختص مما يتطلب معه وقف تنفيذ القرار بيد أن الحكم

المذكور لم يلق قبولاً من اللجنة العليا للانتخابات الرئاسية، فقامت الحكومة بالطعن عليه أمام المحكمة الإدارية العليا لمخالفته لنص المادة (٧٦) من الدستور ولقانون الانتخابات الرئاسية، مما دعا المحكمة الإدارية العليا إلى قبول الطعن وإلغاء حكم محكمة القضاء الإداري السابق.

(ثانيا) مطالبة المحكمة الإدارية العليا للمشرع الدستوري بإعادة النظر في نص المادة ٧٦ ن الدستور، وذلك أثناء فحصها للطعن السابق في يوم ٦ سبتمبر ٢٠٠٥، حيث رأت المحكمة في نص المادة ٧٦ من الدستور فيما تضمنه من عدم قابلية قرارات اللجنة العليا للانتخابات الرئاسية للطعن بأي طريق من طرق الطعن، أنه لا يتفق مع نص المادتين ٦٨ و ١٧٢ من الدستور ومع المبادئ الدستورية العامة التي استقرت في النظام القانوني المصري منذ زمن والتي انتهت إلى أنه لا يجوز بأي حال من الأحوال تحصين أي قرار إداري أياً كانت الجهة التي تصدره من الطعن عليه أمام القضاء الإداري. وأن لكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، مما يعد ركيزة هامة لحماية حقوق وحريات الأفراد. إلا أن المحكمة احتراما منها لأحكام الدستور ونص المادة ٧٦ تحديداً لم يسعها إلا القضاء بإلغاء حكم محكمة القضاء الإداري السابق تناوله.

ب- المؤسسة القضائية غير الحكومية (نوادي القضاة):

تندرج هذه المؤسسة والتي تعد نوادي القضاة أبرز آلياتها، تحت إطار المؤسسات والمنظمات الأهلية التطوعية والتي تنشأ بهدف تقديم خدمات اجتماعية وترفيهية لأعضائها ، بالإضافة إلى التشاور والتداول في كل ما يخص النهوض بمهنة القضاء، وتنظيم مشاركة القضاة في خدمة الوطن عامة وفي المجتمعات المحلية المحيطة على وجه الخصوص. وتتميز هذه المنظمات بإتباع الأسلوب الديمقراطي في تنظيم إدارتها وأعمالها، حيث تتبنى الانتخابات المباشرة لشغل جميع المناصب في هيكلها التنظيمي، ودورية عقد الاجتماع لممارسة الأدوار السياسية التي أحكمها القانون للقضاة، من حيث الإشراف على نزاهة الانتخابات بكافة مستوياتها.

واتساقا مع الأهداف السابقة ، اتجهت نوادي القضاة إلى مطالبة النظام السياسي بإقرار التعديلات المقترحة على قانون السلطة القضائية، ومتابعة وتحديد ضوابط إشراف القضاء على الانتخابات العامة بمختلف مستوياتها ومسمياتها.

لذا عقدت نوادي القضاة في القاهرة والأقاليم عدة اجتماعات طوال الفترة من مايو إلى سبتمبر ٢٠٠٥، لتحديد مواقفها من قضية الإشراف على الاستفتاء الخاص بتعديل المادة ٧٦ من الدستور، والإشراف على الانتخابات الرئاسية.

ففي إطار رؤيتها لضوابط الإشراف على الاستفتاء ، وافقت الجمعية العمومية لنادي القضاة في ١٣ مايو ٢٠٠٥ على إشراف القضاة على إجراء هذا الاستفتاء، وكلفت لجنة مختصة من أعضاء النادي بإعداد تقرير تقصي حقائق حول مدي فعالية إشراف القضاء على نزاهة الاستفتاء. وفي بداية يوليو ٢٠٠٥ قامت هذه اللجنة المؤلفة من كل من محمد حسام الدين الغرياني نائب رئيس محكمة النقض رئيساً، ومحمد ناجي دربالة نائب رئيس محكمة النقض، وطلعت عبدالله نائب رئيس محكمة النقض، وهشام جنينة رئيس محكمة الاستئناف، وأحمد فتحي رئيس المحكمة أعضاء باللجنة ، بإصدار تقريرها حول الإنتهاكات والتجاوزات التي صاحبت عملية الاستفتاء ، والذي خلص إلى:-

- أن القول بأن أكثر من أحد عشر ألف قاض أشرفوا على إجراء الاستفتاء هو قول بعيد عن الحقيقة.
- أنه لم يكن لرؤساء اللجان العامة رقابة أو إشراف حقيقي على أعمال اللجان الفرعية.
- إن ٩٥ % من اللجان الفرعية أفلتت تماماً من رقابة القضاء، وأسندت رئاستها لموظفين لا استقلال لهم ولا حصانة، وتعرضوا للترهيب من رجال الشرطة ، وكانت تلك اللجان مسرحاً لانتهاك القانون وتزوير بيانات حضور الناخبين وبطاقات إبداء الرأي .

- إن بعض رؤساء المحاكم الابتدائية عاق محاولات القضاة الإشراف على اللجان الفرعية، وأعان على انتهاك القانون في تلك اللجان.

وقررت الجمعية العمومية لنادي القضاة في القاهرة ونوادي القضاة في الأقاليم ضرورة قيام الحكومة بإقرار قانون السلطة القضائية، وتوفير كافة الضمانات الخاصة بإجراء انتخابات رئاسية نزيهة وتحت الإشراف القضائي الكامل. وعقب قيام اللجنة العليا للانتخابات الرئاسية باستبعاد ١٦٠٠ قاض من الإشراف على الانتخابات، قرر نادي القضاة عقد جلسة طارئة لجمعيته العمومية لبحث ضمانات إشراف القضاء على الانتخابات الرئاسية، وبحث قرار النادي بالمشاركة أو عدم المشاركة في الإشراف على هذه العملية من عدمها. وفي يوم ٢ سبتمبر ٢٠٠٥ عقدت الجمعية العمومية لنادي القضاة اجتماعها الطارئ، والذي شهد اختلافا في وجهات النظر تجاه الإشراف القضائي على انتخابات الرئاسة، وانقسم القضاة إلى فريقين: فريق يؤكد ضرورة المقاطعة، وأخر يري في المشاركة تحقيق مكاسب أكبر على اعتبار أنها ستسمح بتقييم التجربة، وانتهي الجدل بين الفريقين لصالح فريق المشاركة، على أن تكون مشاركة مشروطة لتحقيق مطالبهم والتي تتمثل فيما يلي:-

(أولا) التمسك بضرورة إصدار قانون السلطة القضائية، وأن يبادر مجلس القضاء الأعلى بإبداء رأيه في المشروع في موعد غايته أكتوبر ٢٠٠٥.

(ثانيا) دعوة أعضاء الجمعية للاجتماع والاعتصام في يوم ٢١ أكتوبر، للنظر فيما يتعين القيام به ما لم ينته مجلس القضاء الأعلى من أبداء رأيه في القانون.

(ثالثا) التمسك بجميع طلباتهم السابقة في قانون مباشرة الحقوق السياسية. ومنها إلغاء كشوف المستبعدين من القضاة وإتاحة الفرصة لجميع قضاة مصر للإشراف على الإنتخابات، والنص على تسليم محاضر أعمال اللجان الفرعية والفرز لمندوبي المرشحين، والسماح لمنظمات المجتمع المدني بدخول اللجان

وإبداء ملاحظاتهم على العملية الانتخابية، ومراعاة الأصول القضائية في توزيع المشرفين على اللجان الانتخابية المختلفة.

(رابعاً) اعتماد تقرير لجنة تقصي الحقائق الخاص بمتابعة استفتاء الخامس والعشرين من مايو الماضي.

(خامساً) اعتماد تشكيل لجنة مراقبة الانتخابات الرئاسية والبرلمانية وتشكيل لجنة لمراجعة قانون الإجراءات الجنائية وحقوق الإنسان، والفصل بين سلطات التحقيق والاتهام في النيابة العامة، وإعداد مشروعات قوانين إلغاء المدعي العام الاشتراكي ومحكمة القيم وإلغاء المجلس الأعلى للهيئات القضائية.

(سادساً) التوجيه بعدم تولي أعضاء المجلس الأعلى للقضاء ولجنة الانتخابات الرئاسية أية مواقع تنفيذية لمدة خمس سنوات قادمة.

(سابعاً) عدم رفع سن التقاعد لرجال القضاء.

(ثامناً) عدم استبعاد أي قاض من الإشراف على الانتخابات، وإذا ظل بعض القضاة مستبعدين فإنه يحق لهم الذهاب إلى اللجان الفرعية وتدوين ما يحدث بها ووضعه في تقارير ترفع إلى نواي القضاة بالأقاليم.

واستمرارا لجهود النادي في ضمان النزاهة والحياد وسلامة الانتخابات الرئاسية، قامت لجنة متابعة وتقييم الانتخابات الرئاسية والمشكلة من المستشارين: أحمد محمود مكي، ومحمود رضا الخضري، وأحمد البرديسي، ود. أحمد يحي، ويحيي جلال، وطلعت عبدالله، وناجي دربالة، وهشام جنينة، وأحمد صابر، بتقديم مجموعة من النصائح والإرشادات لمجموع القضاة المشاركين في الإشراف على الأنتخابات – في مواجهة النصائح والإرشادات التي أصدرتها اللجنة العليا للانتخابات الرئاسية ، ومن هذه النصائح ما يلي:-

- أحرص على أن يكون مقر اللجنة الفرعية في مكان متسع متصل تحت سمعك وبصرك وسيطرتك بما يسمح بسرية التصويت وسهولة ويسر العملية، وعلنية الفرز ، فإن لم تتوافر هذه الشروط فيحظر البدء في مباشرة لجنة الاقتراع لعملها.

- أحرص على أن تتعدد السواتر بعدد صناديق الاقتراع، وأن يدلي الناخب بصوته بغير رقيب أو متلصص.

- أحرص على اختبار الحبر الفوسفوري وليكن على يد أحد الأمناء بلجنتك قبل العملية الانتخابية بـ ٢٤ ساعة، وأحرص على غمس إبهام اليد اليسري للناخب توحيداً للأصبع المختار وتيسيراً لرقابة القاضي على الناخبين وقت تسليمه البطاقة الانتخابية وقبل إدلائه بصوته تجنباً لامتناعه عن ذلك بعد التصويت. فإذا امتنع عن ذلك أو عن التوقيع قرين اسمه اعتبر متخلفاً عن الحضور للإدلاء بصوته، وفق نص المادة ٤٣ من قانون تنظيم الانتخابات الرئاسية.

- احرص على أن تجري عملية التصويت والفرز في حضور ممثلي المرشحين – إن وجدوا – وتسليمهم صورة معتمدة من محضر أعمال اللجنة نموذج ١١ رئاسية ، ومن محضر فرز اللجنة الفرعية نموذج ١٢ رئاسية، وفرز اللجنة العامة نموذج ١٣ رئاسية، إن طلبوا ذلك تنفيذاً لقاعدة علنية الفرز، وللمادة ٣١ من قانون تنظيم الانتخابات الرئاسية.

- أحرص على أن تحتفظ لنفسك بصورة معتمدة من نتيجة فرز اللجنة التي ترأسها سواء فرعية أو عامة، وأحرص على أن يتم التثبت من شخصية الناخب الوافد من خلال مستند رسمي يحمل صورته، وإلا لا يسمح له بالتصويت إلا بعد تقديم بطاقته الانتخابية وأحرص على أن تتبع ذات الإجراء التي يخضع لها الناخب الوافد، بما في ذلك غمس الإصبع في الحبر الفوسفوري، مع التأكد من وجود أمناء الصناديق بلجنتك عند إدلاء الناخبين

بأصواتهم باللجنة، وأن يكون التوقيع بالاسم ثلاثياً على بطاقة الإدلاء بالصوت مقروناً بتاريخ يوم الانتخاب.

- احرص على أن تثبت بمحضر أعمال اللجنة الفرعية نموذج ١١ رئاسية عوارض عملية الاقتراع، وأوجه القصور أو التجاوز الأمني، وأثر ذلك على عرقلة أو الإخلال بسير العملية الانتخابية، وكذلك كافة الشكاوي وملاحظات ممثلي المرشحير ،ما اتخذ فيها من قرارات وإثبات إخطار اللجنة العامة بكل ذلك وقراراتها في شأنها. وأحرص على تحرير محضر بأية جريمة تقع في قاعة اللجنة سواء كانت جريمة انتخابية أو يغر ذلك وفقاً لنص المادة ٥٧ من قانون تنظيم الانتخابات الرئاسية.

وأخيراً أحرص على تيسير مهمة عمل مندوبي مؤسسات المجتمع المدني المصرح لهم بمتابعة الانتخابات. وأحرص على أبلاغ لجنة متابعة الانتخابات التي شكلها نادي قضاة مصر بما تري من ملاحظات.

وعقب إجراء انتخابات رئاسة الجمهورية، عقدت اللجنة القضائية لمراقبة الانتخابات الرئاسية بنادي القضاة أول اجتماع لها يوم ١٥ سبتمبر ٢٠٠٥ برئاسة المستشار أحمد مكي نائب رئيس محكمة النقض، وأقرت فيه تشكيل لجنة لسماع شهادات القضاة ورجال النيابة العامة المشرفين على اللجان الانتخابية الفرعية والعامة، بشأن التجاوزات والمخالفات القانونية التي وقعت أثناء عمليتي الاقتراع والفرز أمام اللجان الفرعية ، ودور اللجان الرئيسية والعامة في رصد أصوات المنافسين في غير حضور مندوبيهم أو تسليم صوراً لمحاضر الفرز، كما طالبت اللجنة أعضاء الهيئات القضائية الثلاث الأخرى المشرفة على الانتخابات الرئاسية بالإدلاء بشهاداتهم أو إيداع تقاريرهم عن الانتهاكات التي تمت أثناء الانتخابات، وهم أعضاء مجلس الدولة، وهيئتا قضايا الدولة والنيابة الإدارية. ومطالبة اللجنة العليا المشرفة على الانتخابات الرئاسية بإرسال كافة كشوف ومحاضر الفرز اللجان الفرعية على مستوي المحافظات، لفحصها وتحليل نتائجها ، ومقارنتها مع الصور التي تسلمتها من القضاة

ورؤساء اللجان الفرعية، وذلك من أجل صياغة رؤية قانونية وقضائية بالضمانات التي يطلبها القضاة للإشراف على الانتخابات البرلمانية القادمة[١].

والناظر للتعديل الدستوري على النحو سالف البيان يستطيع بسهولة أن يتبين أنه وضع بهذه الصورة المخالفة لكل القواعد الأساسية للنظم الدستورية بصفة عامة وللنظام الدستور المصري بصورة خاصة فليس هناك نص دستوري في أي دستوري حديث من دساتير الدول الديمقراطية وضع تفصيلاً لتنفيذ بهذه الصورة وكل غرض هذه التفصيلات منع تعرض المحكمة الدستورية العليا لهذه المسائل عند النظر في دستورية القانون الرئاسي الصادر تنفيذاً لهذه التعديلات وهو ما حدث فعلاً كما جاء التعديل مخالفاً لنصوص عديدة في الدستور المصري تمنع تحصين عمل أية لجنة إدارية أو حتى قضائية من الطعن عليها[٢] فضلاً عن خروج التعديل على بعض المواد الدستورية الصريحة التي تكفل حق التقاضي للأفراد إزاء قرارات اللجنة الرئاسية مع أن

---

(١) التعديل الدستوري وانتخابات الرئاسة ٢٠٠٥ المرجع السابق ٢ ١٢٦ وأنظر حوار للمستشار هشام البسطاويسي في جريدة الأهالي ٢٠٠٥/٩/٧ أشار فيها إلى أن الإجراءات التي تحكم عمل لجنة الانتخابات الرئاسية غير دستورية نظراً لسرية الفرز وعدم مراجعة كشوف الناخبين وأنظر مقالاً بذات التاريخ في ذات الجريدة من المستشار أحمد مكي انتقد فيها اختصاصات لجنة الانتخابات الرئاسية وأنظر تقرير لجنة تقصي الحقائق وإشراف القضاء على الانتخابات الرئاسية جريدة المصري اليوم ٢٠٠٥/١١/٨ ص ١٣.

(٢) أنظر مسار القضية رقم ٢٠٩٨٩ لسنة ٦٠ ق أمام مجلس الدولة أقامها أحد المستشارين المستبعدين من الإشراف على الانتخابات الرئاسية بعد اشتراكه فعلاً في مراحلها التمهيدية حيث أودعي أنه تم استبعاده بعد الإفصاح عن رأيه بعدم إتباع تعليمات اللجنة الرئاسية المخالفة للقانون والخاصة بقبول الوافد للتصويت دون وجود بطاقة انتخابية أو القيد في الجدول وأنظر حكم محكمة القضاء الإداري في استبعاد أحد رؤساء الأحزاب من الترشيح للانتخابات الرئاسية الدعوى رقم ٣٨٨٧٨ لسنة ٥٩ ق جلسة ٢٠٠٥/٩/٣ والدعوى رقم ٤٠١٣٦ لسنة ٥٩ ق بذات الجلسة حول حق منظمات المجتمع المدني في حضور سير العملية الانتخابية وصدر الحكم لصالحها في أول درجة ثم ألغته المحكمة الإدارية العليا بعد ذلك بدعوى عدم الاختصاص الولائي وهو ما يؤكد الأثر السلبي لتحصين أعمال لجنة الانتخابات الرئاسية إزاء حق التقاضي.

قراراتها قد تمتد إلى رفض ترشيح أحد المستحقين كما أنه من آثار إجراء الاقتراع في يوم واحد عدم إمكانية الإشراف القضائي الكامل على عملية الاقتراع فيصبح التناقض واضحاً بين الانتخابات التشريعية التي تخضع لإشراف قضائي يجعل كل صندوق له قاضي يشرف عليه وبين انتخابات الرئاسة التي سيشارك فيها أشخاص ليسوا بقضاة بأي حال فضلاً عن تعليمات اللجنة الرئاسية هي بمثابة أوامر واجبة الطاعة بالنسبة لسائر المشاركين في عملية الانتخاب فإذا أضفنا إلى ذلك ابتداع الرقابة السابقة على دستورية القوانين بالمخالفة للنظام العام للرقابة على دستورية القوانين في مصر لتبين لنا مدي إصرار أصحاب صياغة المادة ٧٦ بعد تعديلها على ألا يكون هناك أي مرشح لمنصب الرئاسة لا ينتمي إلى الحزب الحاكم.

ويجب أن نقرر أن تعديل المادة ٧٦ من الدستور كان ضرورة من ضرورات الإصلاح السياسي الذي ينشده الشعب، ويأمل في أن تعقبه إصلاحات أخري تتعلق بمدة الرئاسة وتحديدها، بالإضافة إلى بعض الجوانب الأخرى التي لا يتسع المقام لذكرها ، يأتي على رأسها المادة ٧٧ التي تتعلق بمدة انتخاب رئيس الجمهورية بما يسمح بتداول حقيقي للسلطة، ومنح مجلس الوزراء دوراً أكبر، وصلاحيات أكثر، مع تنظيم مساءلة السلطة التنفيذية في مجموعها.

وبرغم ترحيب الجميع بهذه الخطوة التي بدأت من رئيس الجمهورية، إلا أن تعديل النص على النحو المشار إليه جعله عرضة للنقد لأسباب كثيرة، أهمها أن القيود التي وضعتها المادة المذكورة وإن كان لها مثيل في بعض النظم المقارنة وأبرزها النظام الفرنسي، إلا أن المقارنة مختلفة لاختلاف الظروف السياسية والحزبية والإعلامية وغيرها، ويكفينا في هذا المقام الإشارة إلى استمرار تطبيق حالة الطوارئ في مصر إلى الآن، وإذا كان المشرع قد راعي مرشحي الأحزاب السياسية بأن استثناهم في أول انتخابات رئاسية تجري بعد التعديل من شروط الترشيح بصفة عامة نظراً لضيق الوقت وعدم إتاحة

الفرصة الكافية أمامهم، إلا أنه لم يراع المستقلين، بل كان أشد قسوة عليهم فلم يستثنهم كغيرهم من مرشحي الأحزاب، بل فرض عليهم شروطاً أشد قسوة من مرشحي الأحزاب الذين يتمتعون بميزان وضمانات لا تتوافر للمرشح المستقل، فتطلب ضرورة تزكيتهم من قبل عدد من أعضاء مجلسي الشعب الشورى تصل نسبته على الأقل إلى ١٥ % تقريباً من إجمالي عدد المنتخبين في كل منهما، في حين اكتفى بالنسبة لمرشحي الأحزاب بحصول حزبهم في الانتخابات البرلمانية على ٥ % فقط من إجمالي عدد المرشحين المنتخبين، بل أنه فرض على المرشح المستقل أمراً أكثر صعوبة لم يفرضه على مرشحي الأحزاب، وهو ضرورة حصوله على تزكية عدد من أعضاء المجالس الشعبية المنتخبة لا يقل بأي حال من الأحوال عن ١٤٠ عضواً من أربعة عشرة محافظة، وهو الأمر الذي لم يتطلبه بالنسبة لمرشحي الأحزاب، وقد قيل في تبرير هذه الشدة مع المستقلين أن ذلك نتيجة لعدم مشاركتهم في الحياة الحزبية! وكأن اعتزاز المواطن بأفكاره وحريته ورغبته في عدم الانضمام إلى أي من الأحزاب الموجودة أمراً غير مرغوب فيه ، وقد كان من الأجدر بالمشرع – إذا كان هذا التبرير سليما – أن يفرض على مرشحي الأحزاب ضرورة الحصول على نسبة من مقاعد المنتخبين في المجالس الشعبية أيضاً، فكيف تفرض على الأحزاب هذه النسبة بالنسبة للانتخابات البرلمانية ولا تفرض عليهم بالنسبة للانتخابات المحلية وهي الأكثر سهولة والمعتبرة تعبيراً حقيقياً عن تواجد الحزب نظراً لقرب العضو من المواطن!

وغير انتقادنا للنص من حيث التفرقة بين المرشح المستقل ومرشحي الأحزاب، وأن المناخ العام لتطبيق هذا النص غير ملائم في ظل استمرار حالة الطوارئ، وسيطرة الحزب الحاكم على وسائل الإعلام وغيرها، فإننا نري أن النص في مجمله هو نص لا بأس به، انتقل بنا من نظام استئثار مجلس الشعب بترشيح رئيس الجمهورية ووضع قيود على حرية اختيار الشعب باستفتائهم على مرشح وحيد إلى نظام جديد يعطي لكل مواطن – في إطار الضوابط المنصوص عليها – الحق في ممارسة كامل حريته السياسية بالترشيح لأعلي

المناصب في الدولة، ونظراً لخطورة هذا المنصب فقد كان من الطبيعي وضع الضوابط والقيود على الترشيح عموماً، وسيكون لهذا النص فعاليته الحقيقية في المستقبل القريب ، مع توالي الإصلاحات السياسية عموماً لتوفير المناخ الملائم لممارسة الحقوق والحريات ، ونأمل أن تنال هذه الإصلاحات المادة ٧٦ مرة أخري للتخفيف من القيود التي تضمنتها ، خاصة في مواجهة المستقلين، وربما يأتي ذلك من خلال صياغة دستور جديد يلائم التطورات السياسية والاقتصادية، بل والاجتماعية الحديثة، ليس في مصر وحدها بل في العالم أجمع، وهو ما ينشده المجتمع الآن(١).ويري أحد الباحثين(٢) أن تقرير الرقابة القضائية السابقة على دستورية القانون المنظم للانتخابات بعد حلقة من سلسلة الحلقات التي تستهدف الحد من دور المحكمة الدستورية العليا ويذهب في ذلك:-

والواقع أن تقرير الرقابة السابقة على دستورية القانون المنظم للانتخابات كأثر من آثار تعديل المادة (٧٦) يعزي من نظرنا إلى سلسلة المحاولات التي استهدفت الحد من دور المحكمة الدستورية العليا بعد أن تزايد نشاطها بصورة ملحوظة في السنوات العشر الأخيرة من القرن الماضي أصدرت خلالها المحكمة مجموعة من الأحكام أحدثت دوياً هائلاً واهتزت من جرائها كثيراً من الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية والسياسية الأمر الذي خلق حالة من التوتر في علاقتها بالسلطة التشريعية بعد أن قضت المحكمة بعدم دستورية العديد من النصوص التشريعية، وآثار مخاوف المشرع من مغالاة المحكمة في بسط رقابتها على ما يتمتع به البرلمان من سلطات مطلقة في مجال التشريع(٣).

ونعتقد من جانبنا أن الاتجاه نحو تقرير الرقابة السابقة على القوانين

---

(١) د. صبري السنوسي الدور السياسي للبرلمان في مصر سنة ٢٠٠٦ دار النهضة العربية ص ٩٨.

(٢) د. ثروت عبدالعال أحمد أثر تعديل المادة ٧٦ من الدستور على نظام الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٥.

(٣) ويعزي هذا التوتر إلى أن رقابة الدستورية تمثل بذاتها قيداً على سلطة التشريع تتلاشي معها السلطات المطلقة للمشرع، أنظر في هذا المعنى د. أحمد فتحي سرور: المرجع السابق ٢٤٢.

كوسيلة للحد من دور المحكمة الدستورية العليا يرتد في جذوره الأولي إلى ما نادي به السيد رئيس مجلس الشعب في أكثر من مناسبة من ضرورة الأخذ بنظام الرقابة السابقة على دستورية القوانين التي تحقق نوعاً من الاستقرار السياسي والدستوري للبلاد بخلاف الحال بالنسبة للرقابة اللاحقة التي قد تهدد الأمن القانوني، ذلك لأن الحكم بعدم دستورية تشريع اعتاد الناس على تطبيقه عشرات السنين من شأنه الإخلال بما نسميه بالأمن القانوني الذي يعنى به استقرار القانون واستقرار المفاهيم القانونية التي يعتمد عليها المجتمع اعتمادا كلياً، إذ لو فوجئ الناس بأن هذه المفاهيم القانونية خاطئة حدثت حالة من عدم الاستقرار القانوني وبخاصة أن هناك وجهة نظر ثانية جديرة بالاحترام تقول "إن علو معنى القانون قيمة في ذاتها ولا يجوز التضحية بها..".

ويخلص هذا الرأي إلى ضرورة الأخذ بالرقابة السابقة على صدور التشريع حتى لا يحدث أي إخلال بالأمن القانوني مقرراً أن وجود (٥٠) قانونياً في مجلس الشعب يكفي جداً لتحقيق هذه الرقابة السابقة لأن جوهر القانون سياسة في المقام الأول[١].

ولقد كان هذا الرأي الذي عبر عنه الأستاذ الدكتور أحمد فتحي سرور في أكثر من مناسبة بمثابة نقطة البداية التي انطلقت بعدها ردود الأفعال بين مؤيد ومعارض من رجال الفقه والقانون وذلك على صفحات الرأي بالصحف والمجلات فمن جانبها ذهبت الأستاذ الدكتور فوزية عبدالستار رئيس اللجنة التشريعية السابقة بمجلس الشعب في معرض تأييدها للرقابة السابقة على دستورية القوانين إلى القول بأنه يمكن في - تصورها - تعديل القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بشأن المحكمة الدستورية العليا بحيث ينص على جواز الرقابة

---

(١) ولقد عبر الأستاذ الدكتور أحمد فتحي سرور عن رأيه المشار بالمتن من بادئ الأمر في حديث له بمجلس المصور الصادرة في ١٥ مارس ١٩٩٦، العدد رقم ٣٧٢٧ ، ثم في مقاله له بعنوان الرقابة الدستورية على القوانين، مجلة هيئة قضايا الدولة السنة الرابعة والثلاثون، مارس ١٩٩٩ العدد الأول ص ٣ وما بعدها وأخيراً في مؤلفه الحماية الدستورية للحريات، سلفت الإشارة ص ١٧٣.

القضائية على القوانين قبل صدوره لمعرفة مدي انطباقها على الدستور، ذلك لأن الدستور قد نص في المادة (١٧٥) على أن تتولي المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين.. وقد أطلق الدستور لفظ الرقابة ولم يشترط أن تكون الرقابة لاحقة على صدور القانون، ومن ثم فإنه يمكن أن يختص القانون بالرقابة السابقة على صدوره، ولذلك يجوز عرض القانون على المحكمة الدستورية العليا على أن يفصل في دستوريته خلال وقت قصير ومحدد نسبياً فإذا قضت بعدم دستوريته يبطل ويمنع العمل به وإلا دفع بدستوريته ونفذ وصار قانوناً ثابتاً[1].

وفي معرض تأييده للرقابة السابقة على دستورية القوانين ذهب الدكتور إبراهيم على صالح إلى القبول بأن "أزمة عدم دستورية القوانين يمكن محاصرتها بالرقابة المسبقة قبل أن تتولاها الرقابة اللاحقة وهي الرقابة القضائية نزولاً على القاعدة البديهية "الوقاية خير من العلاج"، وأن هذه الأزمة هي في حقيقة الأمر أزمة تنبع من المنبع طرفاها السلطتان التشريعية والتنفيذية أما المصب فهي المحكمة العليا التي تعتبر هي الآلية أو الهيئة العليا التي لها من الحصانة والاستقلال والحيدة و النزاهة ما يجعلها متطاولة الهامة لا يطاولها سواها.

ويخلص هذا الرأي إلى أن طرح الرقابة السابقة يتمثل في إجراءات تتعلق بالدستور وليس من بينها تقييد المحكمة أو إلغاء اختصاصاتها ولكنها – أي الرقابة السابقة – تهدف إلى إتاحة الفرصة لأن تخرج القوانين والتشريعات مستكملة الدراسة، متينة البنيان بفعل مشاركة أكثر من هيئة وأكثر من متخصص في دراسة تبرئة التشريعات وتطهيرها من أي عوار دستوري قبل إصدارها[2].

---

(١) د. فوزية عبدالستار: حوار منشور بمجلة المصور في ١٦ فبراير ١٩٩٦ سلفت الإشارة.

(٢) د. إبراهيم على صالح: المحكمة الدستورية بين الإبقاء والإلغاء، مجلة المصور الصادرة في ٢٩ مارس ١٩٩٦.

وترتيباً على ذلك يري أنصار هذا الاتجاه ضرورة تقرير نظام الرقابة السابقة على دستورية القوانين بحيث تعرض مشروعات القوانين على المحكمة لبحث مدي دستوريتها وإبداء الرأي فيها، وفي هذه الحالة يكون لمجلس الشعب أن يأخذ برأي المحكمة أو يطرحه جانباً ، فإذا رأي المجلس عدم الموافقة على رأي المحكمة كان له أن يطرح مشروع القانون على المجلس للمناقشة، فإذا وافق المجلس بأغلبية خاصة على مشروع القانون الطعين كان له إقراره بصرف النظر عن رأي المحكمة الدستورية في شأن مدي دستورية مشروع القانون كما يجوز لمجلس الشعب أيضاً – وفقاً لهذا الرأي – إلغاء مشروع القانون، أو تعديله بالأغلبية ذاتها ، ومعنى ذلك بعبارة أخري أن هذا الرأي أراد للمحكمة الدستورية العليا أن تلعب دوراً استشاريا كجهة معاونة لمجلس الشعب يقتصر دورها على مجرد إبداء رأي غير ملزم في مدي دستورية مشروعات القوانين التي تعرض عليها قبل إقرارها من جانب مجلس الشعب ومتى أبدت المحكمة الدستورية العليا رأيها في مشروع القانون فقط توقف دورها عند هذا الحد بحيث يمتنع عليها بعد ذلك أن تتعرض لبحث مدي دستورية القانون مرة أخري بعد صدوره، إذ يفترض في القانون الذي خضع للرقابة السابقة أنه صدر صحيحاً مبرأ من كافة عيوب عدم الدستورية التي يمكن أن تصيبه فالفرض والحالة هذه أن صدور القانون يعني في الوقت ذاته تطهيره من عيوب عدم الدستورية.

وإذ تزايدت حدة الانتقادات التي تعرضت لها المحكمة الدستورية العليا فقد بادر رئيس المحكمة في ذات الوقت بالرد على كافة المزاعم التي أثارها المؤيدون لتقرير الرقابة السابقة كوسيلة للحد من دور المحكمة بقوله أن المحكمة الدستورية العليا لا يمكن أن تكون في أزمة لأنها ليست في صراع مع أحد ولكنها تقوم بتطبيق حكم الدستور وأنه حين أقامها الدستور وجعل منها هيئة قضائية مستقلة قصد أن تكون رقيباً على كيفية ممارسة السلطتين التشريعية والتنفيذية لاختصاصاتها التشريعية.. وهي في ذلك تقوم بعملها متوازناً ولا ينبغي بهذا العمل أن تصارع أياً من السلطتين التنفيذية أو التشريعية أو تتطاول

على أي منهما، ولا يمكن تصور أن تكون الشرعية الدستورية قيداً على أحد ولكنها صمام أمن تحفظ للنظام المقومات الرئيسية التي يقوم عليها.

وفي معرض رفضه لفكرة الرقابة السابقة على دستورية القوانين يقول رئيس المحكمة الدستورية العليا "أن الرقابة اللاحقة إنما تباشرها المحكمة بعد أن يوضع القانون موضع التطبيق وبعد أن يختبر من وجهة نظر اجتماعية، وبعد أن تكون أبعاده في مجال التطبيق جلية وواضحة والأضرار المترتبة عنه ظاهرة وقاطعة، فذخول القانون في مرحلة التطبيق هو الذي يبين نطاق العوار الذي أصاب هذا القانون، أما الرقابة السابقة فهي رقابة في الفراغ، لأنها رقابة نظرية، وهي أيضاً رقابة مقيدة بقيود تبنتها الدول التي أقرت هذا النظام كفرنسا، ذلك أنها رقابة محدودة وهي رقابة لا تباشرها إلا السلطة العامة ولا تتحرك إلا بطلب منها .. فضلاً عن أن تقرير هذه الرقابة في مصر يقتضي تعديلاً لأحكام الدستور بالإضافة إلى أن تحقيقها سيؤدي إلى تآكل الرقابة اللاحقة.

وفي مقام الرد على ما أثاره رئيس مجلس الشعب بشأن تهديد الأحكام الصادرة بعدم دستورية قانون ما للأمن القومي يقول رئيس المحكمة الدستورية العليا أن المحكمة الدستورية العليا بصدد عملها لا يعنيها أن تكون لها كلمة فوق الآخرين ولكن كل ما يعنيها أن تكون هذه الكلمة هي كلمة الدستور، وفي موضع آخر من ذات الحديث يقول رئيس المحكمة الدستورية العليا أنه يتعين دائماً أن نوازن بين مصلحتين استقرار نص قانوني وبين علو الدستور، فأي المصلحتين ينبغي أن نرجحها؟ علو الدستور أم استقرار النص القانوني؟ ثم أن هناك شكاً كبيراً فيمن يقول أن أحكام المحكمة تهدد استقرار النظام، ذلك أن أحكام المحكمة تقوم أعوجاجاً في القوانين القائمة وتقويم الإعوجاج ليس إلا أداة لاستقرار النظام القانوني لأن النظام لا يستقر إلا على ضوء الشرعية وفي حماه، وأن كل ما تفعله المحكمة هو تنقية النصوص القانونية من شوائبها ، وهي بذلك تتعاون مع السلطتين التشريعية والتنفيذية في إعلاء حكم القانون[1].

---

(١) د. عوض المر: حوار نشر بمجلة المصور عن المحكمة الدستورية العليا في ٢٢ مارس ١٩٩٦ العدد رقم ٣٧٢٨.

والواقع أن اتجاه سلطة التشريع نحو الحد من دور المحكمة الدستورية العليا وهو ما عبر عنه رئيس مجلس الشعب من خلال اقتراحه آنف البيان بضرورة الأخذ بنظام الرقابة السابقة على دستورية القوانين، وإن كان قد حظي بتأييد جانب من الفقه، إلا أن تطبيق هذا الاقتراح ووضعه موضع التنفيذ كان يحتاج إلى إدخال شيء من التعديل على الدستور على نحو يسمح بتقرير الرقابة السابقة إلى جوار الرقابة اللاحقة، حقاً أن الدستور لم ينص في أي موضع من مواضعه على أن الرقابة التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا على دستورية القوانين رقابة لاحقة وإنما أطلق لفظ الرقابة(١) الأمر الذي دعا جانباً من الفقه إلى القول بأن نصوص الدستور كما تسمح بالرقابة اللاحقة فإنها لا تحول في الوقت ذاته دون تقرير الرقابة السابقة(٢).

وبهذه المثابة يكون النظام المصري في الرقابة على الدستورية قد جمع بين أسلوبي الرقابة السابقة واللاحقة على دستورية القوانين في آن واحد وذلك كأثر من آثار تعديل المادة (٧٦) من الدستور(٣). وذلك على غرار ما أخذت به

---

(١) د. وهيب عياد سلامة: المرجع السابق ص ٢٤، وفي نفس المعنى د. فوزية عبدالستار: في حوارها المشار إليه سالفا مع مجلة المصور الصادرة في ١٦ فبراير ١٩٩٦.

(٢) د. فوزية عبدالستار: الإشارة السابقة، د. سمير عبدالسد تناغو: في حوار مع مجلة المصور بتاريخ ٢٩ مارس ١٩٩٦، وجريدة الأهرام في ٦ يناير ١٩٩٨، ومجلة روزاليوسف ٧ مارس ١٩٩٧، د. عماد النجار: مقال بجريدة الأهرام الصادرة في ٢٥ سبتمبر ١٩٩٨ بعنوان الاستقرار القانوني ودور المحكمة الدستورية، د. عبدالعظيم عبدالسلام : الرقابة القضائية على دستورية القوانين، بحث مقدم إلى مؤتمر مستقبل دور المحكمة الدستورية العليا في مصر، المركز العربي لاستقلال القضاء والمحاماة، المنعقد بمدينة القاهرة خلال الفترة من ٣٠ يونيه – ١ يوليو ١٩٩٨ ص ١٤، وانظر في عرض هذا الرأي د. جابر جاد نصار: المرجع السابق ص ١٣١ – ١٣٥.

(٣) "وتجدر الإشارة إلى أن ثمة رأيا فيَ الفقه ذهب إلى استحالة الجمع بين أسلوبي الرقابة السابقة واللاحقة في ذات الوقت، من ذلك ما ذهب إليه الدكتور عوض المر: في مؤلفه ص ٥٣٩ من أن الرقابة اللاحقة في صحيح صورتها – يستحيل مزاوجتها بالرقابة السابقة؛ ولا أن يعملان معاً ذلك أن تماسكهما منفرط وتعايشهما غير متصور. كما عبر عن المعنى ذاته الأستاذ الدكتور جابر جاد نصار: في معرض رفضه للآراء التي كانت

بعض النظم المقارنة من الجمع بشكل أو بآخر بين أسلوبي الرقابة كما هو الشأن بالنسبة للنمسا[١]، والبرتغال[٢] وغيرها من الدول[٣].

تنادي بتقرير الرقابة السابقة على دستورية القوانين إلى جوار الرقابة اللاحقة بقوله أن هذا الرأي يريد أن يخلط بين الرقابة السياسية والرقابة القضائية ويقيم نظامين للرقابة يختلفان في الشكل والإجراءات والجوهر والأثر المترتب عليهما وهو أمر لا يمكن تحقيقه لسبب بسيط وهو أن الأخذ بأحد الأسلوبين يستبعد الآخر تلقائياً وهو أمر إرادة الرأي السابق حيث يقرر أن أخذ رأي المحكمة في مشروع القانون قبل إصداره يمنعها من التصدير للبحث في دستوريته مستقبلاً، مؤلفه السابق الإشارة إليه ص ١٣٣.

(١) في النمسا ينص الدستور الاتحادي (المادة ٢/١٣٨ على أنه تعلن المحكمة الدستورية – بناء على طلب الحكومة الاتحادية أو حكومة أحد الأقاليم ما إذا كان أي عمل محدد مما تباشره الحكومة الاتحادية أو الحكومة المحلية يتعلق بتوزيع الاختصاصات فيما بينها، يتفق مع الدستور من عدمه، ويستوي في ذلك أن يكون هذا العمل من مشروعات القوانين أو مشروعات اللوائح، وينحصر دور المحكمة الدستورية في تحديد ما إذا كان مشروع القانون أو مشروع اللائحة المعروضة عليها يدخل في اختصاص الحكومة الاتحادية أو الحكومة المحلية، وفي هذا النطاق فإن المحكمة الدستورية لا تملك بحث ما إذا كانت القاعدة المحال إليها تطابق الدستور أو لا تطبقه.

(٢) وفي إيطاليا تباشر المحكمة الدستورية رقابتها السابقة طبقاً للمادة ١٢٧ من الدستور عندما تطلب الحكومة من المحكمة بحث مدي الشرعية الدستورية للتشريعات التي تصدرها المجالس الإقليمية أو مدي ملاءمتها في حلا التنازع في حل التنازع بين المصالح المتعارضة، وذلك في حالة اعتراض الحكومة على هذه التشريعات وإصرار المجلس الإقليمي على إصدارها رغم اعتراض الحكومة.

(٣) كذلك اتجهت بعض دول وسط أوربا التي تأخذ بالرقابة اللاحقة إلى أن تأخذ أيضاً بالرقابة السابقة في حدود معينة ، في بلغاريا تختص المحكمة الدستورية وفقاً للدستور البلغاري الصادر في عام ١٩٩١ بالرقابة السابقة على الاتفاقيات الدولية قبل التصديق عليها، كذلك أخذت المجر في دستورها الصادر سنة ١٩٨٩ بالرقابة السابقة على الاتفاقيات الدولية ومشروعات القوانين (بصفة اختيارية) ولائحة الجمعية الوطنية، وأقرت رومانيا في دستورها الصادر عام ١٩٩٢ بالرقابة السابقة على مشروعات القوانين بعد إقرارها من دائرتي البرلمان، كما أخذت بها أيضاً بولندا بمقتضى القانون الصادر في عام ١٩٩٧ الذي أجاز لرئيس الجمهورية أن يطلب من المحكمة الدستورية مراقبة دستورية القانون قبل توثيقه وكذلك مراقبة دستورية الاتفاقيات الدولية قبل التصديق عليها ، أنظر في ذلك د. أحمد فتحي سرور: المرجع السابق ص ١٦٩ – ١٧١.

وفقاً لما نصت عليه المادة ٧٦ من الدستور فإن محل الرقابة السابقة يتحدد بمشروع قانون الانتخابات الرئاسية بعد إقراره من مجلس الشعب وقبل إصداره من رئيس الجمهورية لتقرير مدي مطابقته للدستور، وذلك دون أن يمتد محلها إلى غير هذا المشروع من القوانين الأخرى بغض النظر عن موضوعها وأياً كانت درجة ارتباطها بقانون الانتخابات الرئاسية، إذ تظل هذه القوانين خاضعة للرقابة اللاحقة التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا على سائر القوانين التي تضعها السلطة التشريعية.

وبهذه المثابة تتميز الرقابة السابقة في مصر بأنها رقابة محدودة يتحدد مجالها بمشروع قانون معين هو مشروع القانون الذي يتناول بالتنظيم انتخابات رئيس الجمهورية، دون غيره من القوانين الأخرى أو مشروعاتها قبل إصدارها وإن كان هذا لا يحول دون بسط المحكمة لرقابتها السابقة على مشروع أي قانون آخر قد يصدر مستقبلاً ويتناول بحسب موضوعه تعديل قانون الانتخابات الرئاسية النافذ والمعمول به - والفرض أنه قد خضع من قبل لرقابة المحكمة الدستورية السابقة أو أي قانون آخر يتناول تنظيم الانتخابات الرئاسية من جديد.

وينعقد اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالرقابة السابقة على مشروع قانون الانتخابات الرئاسية بعد إقراره من مجلس الشعب وقبل إصداره من رئيس الجمهورية، ومؤدي ذلك أنه لا يجوز للمحكمة أن تتصدي لبحث مدي دستورية مشروع القانون في مجمله أو في أي نص من نصوصه إلا بعد انتهاء مجلس الشعب من كافة مناقشاته حول نصوص مشروع القانون والتصويت عليه بشكل نهائي، وإحالته إلى رئيس الجمهورية توطئة لإصداره.

وبالنسبة للدول العربية فمن الملاحظ أن دول المغرب العربي تونس - الجزائر - المغرب - موريتانيا تأخذ في مجموعها بنظام الرقابة السابقة على دستورية القوانين قبل إصدارها مستوحية في ذلك تجربة الرقابة السابقة في فرنسا التي يجسدها المجلس الدستوري ، أنظر في ذلك دليل إتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية.

ونظراً لأن المادة ١١٣ من الدستور قد حددت الفقرة التي يجوز فيها لرئيس الجمهورية الاعتراض على مشروع قانون أقره مجلس الشعب بثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغه بهذا المشروع، فإن لم يعترض رئيس الجمهورية على مشروع القانون خلال هذه المدة ولم يرده إلى المجلس خلالها، اعتبر المشروع قانوناً ويتعين على رئيس الجمهورية إصداره.

ومفاد ما نصت عليه المادة ١١٣ المشار إليها أن تحريك رقابة الدستورية على مشروع قانون الانتخابات الرئاسية واستنهاض ولاية المحكمة الدستورية العليا لا يكون إلا خلال الفترة التي تقع ما بين إقرار مشروع القانون بشكل نهائي من جانب مجلس الشعب وإصداره من قبل رئيس الجمهورية وهو ما يجعل منها فترة قصيرة لا تتجاوز في مجموعها ثلاثين يوماً من تاريخ إحالة مشروع القانون إليه ، لما كان ذلك وكانت المادة ٧٦ من الدستور قد أوجبت على المحكمة الدستورية العليا إصدار قرارها في شأن مدي دستورية نصوص مشروع القانون خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ عرض المشروع عليها، فقد يحدث أن يتراخي رئيس الجمهورية في عرض مشروع القانون على المحكمة الدستورية العليا إلى ما قبل انتهاء مدة الثلاثين يوماً بفترة وجيزة (أسبوع أو عشرة أيام مثلاً)، ففي هذه الحالة يكون من مقتضي نص المادة (١١٣) أن يصدر القانون بقوة الدستور بفوات مدة الثلاثين يوماً دون اعتراض من رئيس الجمهورية، في حين أن المادة (٧٦) من الدستور تسمح للمحكمة الدستورية العليا بإصدار قرارها في شأن مشروع القانون خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ العرض عليها بما قد يؤدي إلى فوات مدة الثلاثين يوماً التي حددتها المادة (١١٣) من الدستور وإعمال إحداهما دون الأخرى، وهو تعارض يعزي في نظرنا إلى حالة الاستعجال التي صاحبت تعديل المادة (٧٦) من الدستور وما ترتب علي ذلك من رداءة في صياغتها.

حقاً أن هذا الفرض لم يحدث من الناحية العملية إذ بادر رئيس الجمهورية بعرض مشروع القانون فور إحالته إليه من مجلس الشعب على

المحكمة الدستورية العليا في ١٧ يونيو ٢٠٠٥ والتي أصدرت بدورها قرارها في شأن دستورية مشروع القانون خلال عشرة أيام من تاريخ عرض المشروع عليها، وذلك بتاريخ ٢٦ يونيه ٢٠٠٥، كما أن رئيس الجمهورية قام بإصدار هذا القانون في الثاني من يوليو ٢٠٠٥ أي فيما لا يجاوز سبعة أيام من تاريخ صدور قرار المحكمة الدستورية العليا بما يعنيه ذلك أن قانون الانتخابات الرئاسية صدر خلال مدة الثلاثين يوماً التي حددتها المادة (١١٣) من الدستور، إلا أن احتمالات تحقيق هذا الفرض – رغم عدم حدوثه عملاً – بمناسبة أي تعديل قد يجريه المشرع مستقبلاً على قانون الانتخابات الرئاسية لا تزال قائمة وتكشف عن عدم التنسيق والانسجام بين نصوص الدستور المختلفة.

أياً كان الأمر فإنه بصدور القانون يتوقف دور المحكمة الدستورية العليا، فلا يجوز لها أن تتصدي لمعاودة البحث في مدى دستوريته مرة أخري، سواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر، ومهما اعتور نصوصه من عيوب عدم الدستورية، فالفرض – والحالة هذه – أن خضوع القانون للرقابة السابقة من شأنه أن يطهره من كافة عيوب عدم الدستورية، بحسبانها رقابة وقائية تستهدف الحيلولة دون صدور القانون مشوباً بمخالفته للدستور، كذلك يمتنع على المحكمة الدستورية العليا – بعد صدور القانون – تقديم أية آراء استشارية بشأنه أياً كانت الجهة التي تطلبها، بما مفاده أن المحكمة تستنفذ كامل ولايتها بشأن القانون الذي سلطت عليه رقابتها السابقة على صدوره فلا يجوز لها بأي شكل من الأشكال أن تعاود النظر في دستوريته مرة أخري(١).

وفي تحليل الباحث لرقابة المحكمة الدستورية العليا السابق ذهب إلى:-

في أول تجربة للرقابة السابقة في تاريخ نظامنا الدستوري باشرت المحكمة الدستورية العليا رقابتها السابقة على مشروع قانون الانتخابات

---

(١) وإن كان ذلك لا يحول دون تصديها لتفسير نصوص القانون وفقاً لاختصاصها بالتفسير الملزم للنصوص التشريعية المقررة بنص المادة ٢٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

الرئاسية لتقدير مدي دستوريته بعد إقراره من مجلس الشعب وقبل إصداره من رئيس الجمهورية، وذلك بقرارها الصادر في ٢٦ يونيه ٢٠٠٥ الذي أوضحت فيه حدود رقابتها السابقة على مشروع القانون(١)، وفي ضوء ما ورد النص عليه في المادة (٧٦) من الدستور، كما بادرت المحكمة إلى استبعاد المسائل التي تخرج من نطاق رقابتها وذلك بقولها "أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالرقابة السابقة على مشروع القانون المعروض يتحدد على النحو الوارد بنص المادة (٧٦) من الدستور بتقرير مدي مطابقته لأحكام الدستور ومن ثم فإنه يخرج عن حدود هذا الاختصاص... النظر في أي تناقض بين نصوص المشرع بعضها البعض أو تعارضها مع أية نصوص قانونية أخري، وكذلك تقرير مدي ملائمة بعض الأحكام التي حواها المشروع، باعتبار أن كل الأمر يدخل في نطاق السلطة التقديرية للمشرع وبهذه المثابة سلكت المحكمة الدستورية العليا طريق الاستبعاد في تحديد نطاق رقابتها السابقة، أي أنها استبعدت المسائل التي لا ينصب البحث فيها على تقرير مدي مطابقة مشروع القانون للدستور وحصرتها المحكمة في أمرين أولهما تعارض نصوص المشروع مع بعضها البعض أو مع أي نصوص قانونية أخري، والآخر تقرير مدي ملائمة بعض أحكام مشروع القانون من ناحية أخري وذلك على النحو التالي:-

استقرت أحكام المحكمة الدستورية العليا – ومن قبلها أحكام المحكمة العليا – بمناسبة مباشرتها لرقابتها اللاحقة على دستورية القوانين على أن اختصاصها ينحصر في تقرير مدي مطابقة التشريع المطعون فيه بعدم الدستورية للدستور، ومن ثم فإنه يخرج من اختصاصها حالات التعارض أو التنازع بين نصوص التشريع المطعون فيه مع بعضها البعض أو مع غيرها من النصوص القانونية التي تحتل ذات مرتبتها(٢).

---

(١) نشر هذا القرار بالجريدة الرسمية، العدد ٢٥ مكرر في ٢٦ يونيو ٢٠٠٥.
(٢) د. عادل عمر شريف: قضاء الدستورية، المرجع السابق ص ١٤٦.

ولقد سلكت المحكمة الدستورية العليا ذات المسلك في رقابتها السابقة على دستورية مشروع قانون الانتخابات الرئاسية واستبعدت من نطاق رقابتها حالات التعارض التي يمكن رصدها فيما بين نصوص مشروع القانون أو بينها وبين غيرها من النصوص التشريعية الأخرى.

والواقع أن عدم اختصاص القضاء الدستوري بنظر التعارض فيما بين التشريعات ذات المرتبة الواحدة يجد سنده في أن التشريعات تتدرج حسب أهميتها بدءاً من الدستور حتى اللوائح ومروراً بالقوانين، ويصاحب هذا التدرج في المرتبة تدرج في القوة، فكل تشريع يتعين أن يتقيد في موضوعه بالتشريع الأعلى ويلزم حدوده، فلا يتأتى تصادم التشريع الفرعي مع التشريع الأصلي، وكذلك فإن التشريع من الممكن أن يلغي تشريعاً من ذات قوته أو أدنى درجة، ولكنه لا يلغي تشريعاً أعلى درجة ، ومن ثم ، فإنه وإن صح القول بأن جزاء التعارض بين التشريعات العادية وحكم الدستور هو الحكم بعدم دستوريتها - إلا أن إمكانية الخلاف فيما بين هذه التشريعات هو أمر مفترض فينسخ اللاحق منها سابقه فيما يتعارض فيه وإياه. وذلك أمر طبيعي مادامت السلطة المختصة بإصدار هذا النوع من التشريعات سلطة واحدة تملك أن تعدل فيها حسب مقتضيات الحاجة وظروف الحال، وليس في مثل هذا التعارض في حد ذاته ما يعني عدم الدستورية أو يستثير مكانها، ولا يشكل هذا التعارض مثلباً دستورياً يصيب التشريع، ومن ثم، لا يستنهض هذا الأمر ولاية المحكمة الدستورية للنظر فيه(١).

ملائمة التشريع:

تحرص المحكمة الدستورية العليا على التأكيد على أن اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين لا يمتد إلى ملائمة التشريع أو الخوض في بواعثه باعتبار أن ملائمة التشريع من المسائل التي يستقل المشرع بتقديرها وتخرج - بهذه المثابة - من نطاق رقابة الدستورية.

---

(١) من تقرير هيئة مفوضي الدولة أمام المحكمة العليا في الدعوى الدستورية رقم٤ س٣ ق.

ولقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على تطبيق هذه القاعدة في مجال رقابته اللاحقة على دستورية القوانين، فالمحكمة كثيراً ما تعلن أن رقابة الدستورية – باعتبارها رقابة قانونية – تجد حدها الطبيعي فيما يتعلق بالجوانب القانونية دون أن تتجاوزها إلى ما تعلق منها بالجوانب لتقديرية التي تمثل منطقة الملائمة التي يستقل بها المشرع ، ومن ثم، فإنه يتعين على القاضي الدستوري أن يؤدي مهام وظيفته داخل حدودها المقررة، وهي التحقق من مطابقة القانون للدستور وذلك وفقاً للاعتبارات القانونية التي يحددها الدستور النافذ والمعمول به، دون أن يكون له أدني شأن باعتبارات الملائمة.

وكذلك سلكت المحكمة الدستورية المسلك ذاته بمناسبة رقابتها السابقة على دستورية مشروع قانون الانتخابات الرئاسية ، ففي عبارات لا يشوبها أدنى غموض، أعلنت المحكمة في صدر قرارها المنوه عنه آنفاً أن ملائمة التشريع تخرج من نطاق رقابة الدستورية باعتبارها من الأمور التي تندرج في سلطة المشرع التقديرية، وليست للمحكمة أن تتناول بالمراجعة التقدير الذي تجريه السلطة التشريعية في هذا الشأن وإلا كان ذلك تجاوزاً منها لحدود اختصاصاتها الدستورية.

ومفاد هذه العبارات أن ملائمة أحكام القانون كلها أو بعضها تخرج من نطاق رقابة المحكمة غير أن ما تعلنه المحكمة الدستورية العليا شئ وواقع الرقابة التي تمارسها شيء آخر، إذ يشهد الواقع بأن المحكمة تمارس رقابة حقيقة على ملائمة التشريع، وليس أدل علي صدق هذه الحقيقة من أن المحكمة وبعد أن أعلنت في صدر قرارها محل الدراسة عن عدم اختصاصها بتقرير ملائمة بعض أحكام مشروع قانون الانتخابات الرئاسية عادت لتباشر – وعلى بُعد فقرات قليلة – رقابتها على ملائمة الجزاء الجنائي الذي قدره المشرع – وفي إطار ما يتمتع به من سلطة تقديرية – لبعض الجرائم الانتخابية التي ورد النص عليها في مشروع القانون، وخلصت المحكمة إلى تقرير عدم دستوريتها تأسيسا على اعتبارات الملائمة وحدها، وأخضعت لرقابتها ذات تقدير المشرع

في اختياره للعقوبة المناسبة للأفعال محل التجريم من خلال نظرية الغلو التي أطردت المحكمة على تطبيقها في رقابتها اللاحقة على دستورية القوانين.

فقد كانت المادة ٤٩ من القانون تنص على أنه "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين:

(١) كل من أنفق في الدعاية الإنتخابية مبالغ غير مودعة في الحساب البنكي المشار إليه في المادة (٢٧) من هذا القانون، أو أنفق المبالغ المودعة في هذا الحساب في غير أغراض الدعاية الانتخابية مع إلزام المخالف بأداء مثلي المبالغ التي أنفقها لخزانة الدولة.

(٢) كل من جاوز الحد الأقصى المقرر للإنفاق على الحملة الانتخابية، وذلك فضلاً عن الحكم عليه بأداء مثلي مبلغ التجاوز إلى خزانة الدولة.

وأياً كان وجه الري في جسامة العقوبات التي قدرها المشرع للأفعال التي أشارت إليها المادة ٤٩ من مشروع القانون واتجاه المشروع نحو تغليظ هذه العقوبات لاعتبارات يفترض أن المشرع يستقل بتقديرها كأصل عام، ودون أن يكون للمحكمة الدستورية – في إطار رقابتها على الدستورية – شأن بها، إلا أن المحكمة خرجت على هذا الأصل واستأنفت النظر بالموازنة والترجيح في مدي ملائمة العقوبات التي وقع عليها اختيار المشرع للأفعال التي يؤثمها، وجعلت من شرعية الجزاء شرطاً لمشروعيته.

وترتيباً على ذلك خلصت المحكمة الدستورية العليا في قرارها محل الدراسة إلى عدم دستورية نص المادة ٤٩ من المشروع وهو ما أفصحت عنه المحكمة بقولها "أن الجزاء المتمثل في إلزام المخالف بأداء مثلي المبالغ التي أنفقها في الدعاية الانتخابية إذا جاوز بها الحد الأقصى للإنفاق على الحملة الانتخابية مشوب بالمغالاة مجاوزا بمداه الحدود المنطقية التي يقتضيها فرضه،

ذلك أن شرعية الجزاء مناطها أن يكون متناسباً مع الأفعال التي أثمها المشرع أو حظرها أو قيد مباشرتها، فإذا لم يكن الجزاء متناسباً مع خطورة الأفعال المؤثمة فأنه يفقد مبررات وجوده متضمناً اعتداء على الحرية الشخصية التي كفلتها المادة ٤١ من الدستور.

ونزولاً على الحجية المنطقية التي أسبغتها المادة ٧٦ من الدستور على قرارات المحكمة الدستورية العليا في مجال رقابتها السابقة، صدرت المادة ٤٩ من المشروع بعد تعديلها خلواً من مظاهر الغلو في العقوبة التي أشارت إليها المحكمة في قرارها.

وفي الاتجاه ذاته ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى تقرير عدم دستورية نص المادة ٥٤ من المشروع التي كانت تفرض عقوبة الحبس دون تحديد لمدته والغرامة التي لا تقل عن ألف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين على كل من يخالف أي قرار تصدره لجنة الانتخابات الرئاسية أو يرتكب فعلاً يقصد تعطيل أو وقف تنفيذ قرارات اللجنة، وكذلك نص المادة (٥٥) من ذات المشروع التي كانت تقرر عقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة وغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز ولا تجاوز مائة ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من خالف الأحكام المنظمة للدعاية الانتخابية.

وكان سند المحكمة في تقرير عدم دستورية هذين النصين ما استقر عليه قضائها في مجال رقابتها اللاحقة على دستورية القوانين من أن النص العقابي لا يكون دستورياً إلا إذا كان الفعل محل التأثيم محدداً تحديداً دقيقاً، وأن تتفاوت العقوبات التي يقررها المشرع فيما بينها تفاوتاً يتناسب مع أهمية كل فعل من الأفعال محل التأثيم.

وإعمالاً لهذا النص في مجال الرقابة السابقة على مشروع قانون الانتخابات الرئاسية قررت المحكمة عدم دستورية نص المادتين (٥٤، ٥٥) من مشروع القانون بقولها "والنصان المتقدمان يعاقبان على أفعال غير محددة

تحديداً دقيقاً، ذلك أن اللجنة (الرئاسية) تصدر قرارات عدة بالتطبيق لأحكام المشروع المعروض، ومنها ما لا يستوجب تقرير عقوبة جنائية عند مخالفتها، كما أنها تتفاوت من حيث الأهمية مما يستلزم تفاوتاً عقابياً عند مخالفتها، كما أن عبارة الأحكام المنظمة للدعاية الانتخابية الواردة بنص المادة (٥٥) فيها من العموم والشمول مما يتناقض والقواعد التي تطلبها الدستور في القوانين الجزائية، والتي تقضي بأن تكون درجة اليقين التي تنتظم أحكامها في أعلى مستوياتها، وأظهر في هذه القوانين منها في أية تشريعات أخري، وعلة ذلك أن القوانين الجزائية تفرض على الحرية الشخصية أخطر القيود وأبلغها أثراً، ويتعين بالتالي – ضماناً لهذا الحرية – أن تكون الأفعال التي تؤثمها هذه القوانين محددة بصورة قاطعة بما يحول دون التباسها بغيرها، وأن تكون تلك القوانين جلية واضحة في بيان الحدود الضيقة لنواهيها ذلك أن التجهيل بها أو إبهامها في بعض جوانبها لا يجعل المخاطبين بها على بينة من حقيقة الأفعال التي يتعين عليهم تجنبها، وإذا حددت المادة (٢١) من المشروع القواعد التي يجب على المشرح الالتزام بها في الدعاية الانتخابية وتجنباً لهذا العوار الدستوري فإنه يمكن الإشارة في المادة ٥٥ من المشروع إلى نص المادة (٢١).

وفي ضوء هذه الملاحظات التي أبدتها المحكمة الدستورية العليا بشأن عدم دستورية نص المادتين (٥٤)، (٥٥) من مشروع القانون عمد المشرع إلى إجراء ما يلزم إجراؤه من تعديلات على مضمونها بما يؤدي إلى تجنب ما أصابها من عوار دستوري وذلك بتحديد الأفعال محل التأثيم تحديداً دقيقاً نافيا لكل جهالة بحسبان أن هذا التجديد يعد شرطاً أولياً لصون الحرية الفردية التي أعلي الدستور قدرها.

ومع ذلك نلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا وإن كانت قد باشرت رقابتها السابقة على ملائمة الجزاءات الجنائية التي تضمنها مشروع قانون الانتخابات الرئاسية وذلك على غرار ما فعلت في رقابتها اللاحقة على

دستورية النصوص العقابية أياً كان موضع النص عليها، بما يكشف عن اتجاه المحكمة نحو توحيد سياستها في الرقابة على النصوص العقابية سواء كانت رقابتها سابقة أم لاحقة، بحيث لا يكون الجزاء مشروعاً – كقاعدة عامة – إلا إذا كان ملائما ، غير أن المحكمة لم تطبق هذه القاعدة في مجال رقابتها السابقة على مدي دستورية نص المادة (٥٦) من مشروع قانون الانتخابات الرئاسية ، والتي تعاقب على الشروع في كافة الجنح التي ورد النص عليها في المشروع بذات العقوبات المقررة للجريمة التامة، ولم تتعرض المحكمة لبحث مدي دستورية حكم المادة (٥٦) فيما تضمنه من تسوية في العقوبة على نحو مطلق وفي جميع الأحوال بين الجريمة التامة والشروع فيها، وهو ما يخالف ما استقر عليه قضاء المحكمة في هذا الشأن في مجال رقابتها اللاحقة الذي خلصت فيه – إعمالاً لهذا النظر – إلى عدم دستورية نص المادة (٤٨) من قانون العقوبات بشأن جريمة الاتفاق الجنائي.

ففي حكمها الصادر في الثاني من يونية ٢٠٠١ أوضحت المحكمة أن شرعية الجزاء جنائياً كان أم مدنياً أم تأديبياً – وعلى ما جري عليه قضاء المحكمة – مناطها أن يكون متناسباً مع الأفعال التي أثمها المشرع أو حظرها أو قيد مباشرتها ، فالأصل في العقوبة هو معقوليتها، فكلما كان الجزاء الجنائي بغيضاً أو عاتياً أو كان متصلاً بأفعال لا يسوغ تجريمها أو مجافياً بصورة ظاهرة للحدود التي يكون معها متناسباً مع خطورة الأفعال التي أثمها المشرع فأنه يفقد مبررات وجوده ويصبح تقييده للحية الشخصية اعتسافا" .. وحيث أن السياسة الجنائية الرشيدة يتعين أن تقوم على عناصر متجانسة ، فإن قامت على عناصر متنافرة نجم عن ذلك افتقاد الصلة بين النصوص ومراميها بحيث لا تكون مؤدية إلى تحقيق الغاية المقصودة منها لانعدام الرابطة المنطقية بينها تقديراً لأن الأصل في النصوص التشريعية في الدولة القانونية – هو ارتباطها عقلاً بأهدافها باعتبار أن أي تنظيم تشريعي ليس مقصوداً لذاته، وإنما هو مجرد وسيلة لتحقيق هذه الأهداف ومن ثم يتعين دائماً استظهار ما إذا كان النص الطعين يلتزم إطاراً منطقياً للدائرة التي يعمل فيها، كافلاً من خلالها تناغم

الأغراض التي يستهدفها، أم متهادماً مع مقاصده، أو مجاوزاً لها.. متى كان ذلك، وكان المشرع قد نظم أحكام الشروع في الباب الخامس من قانون العقوبات (المواد من ٤٥ إلى ٤٧) وهو الباب الذي يسبق مباشرة الباب السادس الخاص بالاتفاق الجنائي.. وكان الشروع غير معاقب عليه في الجنح إلا بنص خاص.. فإذا أعقب المشرع تلك الأحكام بالنص على تجريم مجرد إتجاه إرادة شخصين أو أكثر على ارتكاب أي جناية أو جنحة أو على الأعمال المجهزة أو المسهلة لارتكابها وتحديد العقوبة على النحو السالف بيانه بالعقوبة المقررة لارتكاب الجناية أو الجنحة محل الاتفاق فإنه يكون متجهاً نهجاً يتنافر مع سياسة العقاب على الشروع ومناقضاً بالتالي للأسس الدستورية للتجريم.

وتخلص المحكمة الدستورية من ذلك إلى أن رقابتها في شأن دستورية النصوص العقابية تضبطها مقاييس صارمة ومعايير حادة تلتئم وطبيعة هذه النصوص في اتصالها المباشر بالحرية الشخصية التي أعلن الدستور قدرها مما يفرض على المشرع أن ينتهج الوسائل القانونية السليمة سواء في جوانبها الموضوعية أو الإجرائية لضمان ألا تكون العقوبة عاصفة بالحرية وأن تكون العقوبة التي يفرضها في شأن الجريمة تبلور مفهوماً للعدالة يتحدد على ضوء الأغراض الاجتماعية التي يستهدفها، فلا يندرج تحتها مجرد رغبة الجماعة في ارتواء تعطشها للثأر والانتقام أو سعيها للبطش بالمتهم، كما لا يسوغ للمشرع أن يجعل من نصوصه العقابية شباكاً أو شراكاً يلقيها ليتصيد باتساعها أو بخفائها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها، وكان الجزاء الجنائي لا يعد مبرراً إلا إذا كان واجباً لمواجهة ضرورة اجتماعية لها وزنها ومتناسباً مع الفعل المؤثم فإن جاوز ذلك كان مفروضاً في القسوة ومجافياً للعدالة ومنفصلاً عن أهدافه المشروعة، متى كان ما تقدم جميعه فإن المادة (٤٨) المشار إليها تكون قد وقعت في حمأة المخالفة الدستورية لخروجها على مقتضى المواد ٤١، ٦٥، ٦٦ ، ٦٧ من الدستور[(١)].

---

(١) حكمها في ٢ يونية سنة ٢٠٠١ ، الدعوى الدستورية رقم ١١٤ س ٢١ ق مجموعة أحكام المحكمة الجزء التاسع ص ١٠٠٥.

ولا شك أن أعمال هذا النظر الذي عبرت عنه المحكمة في حكمها السالف بشأن عدم دستورية نص المادة (٤٨) من قانون العقوبات يقودنا من غير شك إلى عدم دستورية نص المادة ٥٦) من مشروع قانون الانتخابات الرئاسية، خاصة وأن هناك العديد من الأفعال التي كانت محلاً للتأثيم في مشروع القانون ورد النص عليها بصورة عامة يعوزها ما ينبغي أن تكون عليه النصوص العقابية من تحديد ووضوح، ومع ذلك فرض لها المشرع عقوبة أو أكثر دون تحديد ماهية هذه الأفعال تحديداً نافياً للجهالة.

رقابة وجوبية ينعقد الاختصاص بتحريكها لرئيس الجمهورية:

رأينا في دراستنا للرقابة السابقة في فرنسا أن الدستور الفرنسي الصادر في عام ١٩٥٨ يميز بين صورتين للرقابة أحداهما وجوبية وتشمل القوانين الأساسية واللوائح البرلمانية والأخرى رقابة اختيارية أو جوازية تنصرف إلى التشريعات العادية والمعاهدات الدولية.

أما في مصر فإن المادة ٧٦ من الدستور جعلت من الرقابة السابقة على دستورية مشروع قوانين الانتخابات الرئاسية رقابة وجوبية، بحيث تكون السلطة المختصة بتحريكها ملزمة بعرض مشروع القانون على المحكمة الدستورية العليا دون أن يكون لها أدني سلطة تقديرية في ذلك ويبدو هذا الطابع الإلزامي للرقابة السابقة على دستورية مشروع قانون الانتخابات الرئاسية مما نصت عليه المادة (٧٦) من الدستور بقولها "ويعرض رئيس الجمهورية مشروع القانون المنظم للانتخابات الرئاسية على المحكمة الدستورية العليا بعد إقراره من مجلس الشعب وقبل إصداره لتقرير مدي مطابقته للدستور".

ومفاد ما نصت عليه المادة (٧٦) من الدستور أن المشرع المصري استبعد من هذا المجال صورة الرقابة الاختيارية التي يمارسها المجلس الدستوري الفرنسي على التشريعات العادية والمعاهدات الدولية، وأخذ بصورتها الإلزامية والوجوبية ، وذلك بالنظر إلى أن المشرع المصري لم

يجعل من الرقابة السابقة رقابة عامة وشاملة على نحو ما فعل المشرع الفرنسي، وإنما جعل منها رقابة محدودة ومقصورة على مشروع قانون معين يتعلق بموضوع محدد هو تنظيم الانتخابات الرئاسية دون أن يمتد مجالها أو يتسع نطاقها لأي قانون آخر أياً كان وجه الارتباط بينه وبين موضوع الانتخاب الرئاسية.

ومع ذلك نلاحظ أن رقابة المحكمة الدستورية العليا السابقة وإن كانت رقابة وجوبية إلا أنها ليست رقابة تلقائية، بمعنى أن المحكمة الدستورية العليا لا تمارس رقابتها على مشروع قانون الانتخابات الرئاسية من تلقاء نفسها، وإنما يتوقف تحريكها على طلب من رئيس الجمهورية الذي يتعين عليه إحالة مشروع قانون المحكمة بعد إقراره من جانب مجلس الشعب وقبل إصداره من رئيس الجمهورية.

كذلك يلاحظ أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالرقابة السابقة على مشروع قانون الانتخابات الرئاسية لا يتوقف على الشك في دستورية نص أو أكثر من نصوص مشروع القانون بل هو أمر وجوبي طبقاً لصريح نص المادة ٧٦ من الدستور ونزولاً على حكمها، بما مؤداه أن إحالة مشروع قانون الانتخابات الرئاسية إلى المحكمة الدستورية العليا لتقرير مدي دستورية لا يتوقف على وجود مطاعن خاصة بالقانون أو شبهات حول دستورية وإنما كان لضرورة فحصه في مجمله للتأكد من مطابقته لأحكام الدستور شكلاً ومضموناً.

وتباشر المحكمة الدستورية العليا رقابة شاملة على مشروع القانون من جميع جوانبه الشكلية والموضوعية، للتأكد من مطابقة كافة نصوصه لأحكام الدستور شكلية كانت أو موضوعية.

ويلاحظ أن رقابة المحكمة الدستورية العليا السابقة تنصب على أية مشروعات قوانين تتعلق بتنظيم الإتخابات الرئاسية ما صدر منها بالفعل وما سوف يصدر منها مستقبلاً ، ليس هذا فحسب وإنما تمتد أيضاً إلى تعديلات تطرأ عليها.

ويترتب على الطابع الإلزامي لرقابة المحكمة الدستورية العليا على مشروع قانون الانتخابات الرئاسية عدم جواز إصداره إلا بعد تقرير دستوريته من جانب المحكمة، وهو مالا يتحقق إلا بإحالة مشروع القانون إليها والانتظار حتى تصدر المحكمة قرارها في هذا الشأن فإذا قررت المحكمة الدستورية دستوريته كان ذلك بمثابة تطهير للقانون من كافة عيوب عدم الدستورية، ولا يكون لأي جهة من بعد أن تنازع مرة أخري في دستوريته سواء كان مبنى عدم الدستورية منصرفاً إلى مجمل القانون أو اقتصر على نص من نصوصه.

أما إذا قررت المحكمة الدستورية العليا عدم دستورية نص أو أكثر من نصوص المشروع أعيد المشروع إلى مجلس الشعب مرة أخري لإجراء ما يلزم إجراؤه من تعديلات في ضوء ما تضمنه قرار المحكمة من ملاحظات بشأن عدم دستوريته.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة (٧٦) من الدستور حددت فترة قصيرة نسبياً أوجبت على المحكمة الدستورية العليا أن تصدر خلالها قرارها في شأن مدي مطابقة مشروع القانون للدستور وقدرتها بخمسة عشر يوماً من تاريخ عرض المشروع عليها ، ولا شك أن قصر هذه المدة قد لا يتيح للمحكمة للفرصة الكافية لدراسة مختلف نصوص القانون ومطابقتها بأحكام الدستور الشكلية منها والموضوعية إذ يتعين على المحكمة أن تنتهي من فحص القانون وإصدار قرارها بشأنه خلال هذه المدة الأمر الذي يتصور معه إفلات بعض نصوصه وصدورها رغم ما تنطوي عليه من عوار دستوري.

ولا شك أن قصر المدة التي يتعين على المحكمة أن تصدر فيها قرارها وتحديدها بخمسة عشرة يوماً من تاريخ عرض مشروع القانون عليها يثير مشكلة قانونية على جانب كبير من الأهمية، وذلك في الأحوال التي تحتاج فيها المحكمة إلى مدة أطول ومن ثم تتراخي في إصدار قرارها في هذا الشأن إلى ما بعد فوات المدة المحددة دستورياً لإصداره.

وبطبيعة الحال فإن عدم صدور قرار المحكمة في شأن دستورية مشروع القانون من شأنه أن يحول دون صدور القانون، إذ لا يتصور أن يصدر مثل هذا القانون بغير التحقق من دستوريته وقبل أن تقول المحكمة الدستورية العليا كلمتها وتقرير مدي مطابقة نصوصه لأحكام الدستور حتى ولو انقضت المدة المقررة للفصل في دستوريته أمام المحكمة، ومن ثم فلا مفر – والحالة هذه – من الانتظار إلى أن تصدر المحكمة قرارها بالغا ما بلغ الوقت التي قد تستغرقه المحكمة في إصداره، حتى وإن تجاوزت المدة التي حددتها المادة ٧٦ من الدستور، بما مفاده أن عرض مشروع القانون على المحكمة الدستورية العليا من شأنه أن يوقف عملية إصداره، إلى أن تصدر المحكمة قرارها في شأن مدي دستوريته.

ولئن كان يتعين على المحكمة الدستورية العليا – نزولا على حكم الدستور – الالتزام بالمدة التي حددتها المادة (٦٧) وإصدار قرارها خلالها، إلا أن المشرع الدستوري لم يواجه هذا الفرض الذي تتراخى فيه المحكمة إصدار قرارها إلى ما بعد فواتها، الأمر الذي حتم علينا النظر إلى مدة الخمسة عشر يوماً التي حددتها المادة ٧٦ من الدستور على أنها ليست مدة سقوط ، بما يعنيه ذلك من أن مضي هذه المدة ليس من شأنه فقدان المحكمة الدستورية العليا لاختصاصها وذلك تطبيقاً لما هو مستقر عليه من أن مضي المدة المقررة للفصل – وكما يقول الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي – لا يؤدي تلقائياً إلى فقد الجهة القضائية لاختصاصها ما لم يقضي نص الدستور صراحة بغير ذلك، وغني عن البيان أن المادة (٧٦) من الدستور لم تتضمن النص صراحة على مثل هذا الحكم.

ووفقاً لما نصت عليه المادة ٧٦ من الدستور ينعقد الاختصاص بتحريك الرقابة السابقة لرئيس الجمهورية دون غيره من السلطات العامة كرئيس مجلس الشعب أو مجلس الشورى أو رئيس مجلس الوزراء أو عدد معين من أعضاء مجلس البرلمان (الشعب والشورى) ، وبطبيعة الحال لا يملك الأفراد – بالغاً ما

بلغ عددهم – الحق في تحريكها، باعتبارها رقابة مقررة أولاً وأخيراً لصالح السلطات العامة في الدولة لا لصالح الأفراد.

ولقد كان المشرع الدستوري منطقياً مع نفسه في قصر الاختصاص بتحريك الرقابة السابقة على مشروع قانون الانتخابات الرئاسية على رئيس الجمهورية وحده باعتبار أننا بصدد نظام رقابي وجوبي يتعين فيه على رئيس الجمهورية عرض مشروع القانون على المحكمة الدستورية العليا دون أن يملك في ذلك أدني سلطة تقديرية(١).

وفي خصوص تحديد أثار الرقابة ذهب الباحث إلى(٢):-

من مقتضي نظام الرقابة السابقة على دستورية القوانين أن سلطة المحكمة الدستورية العليا تنحصر في تقرير دستورية مشروع القانون المعروض عليها أو عدم دستوريته في مجمله أو في نص أو أكثر من نصوصه دون أن تمتد إلى تقرير إلغاء النص المخالف للدستور أو تعديله فإذا قررت المحكمة دستوريته انتهي دورها عند هذا الحد وأمكن لرئيس الجمهورية إصداره. أما إذا قررت المحكمة خلاف ذلك بأن تضمن مشروع القانون نصاً أو أكثر من نصوصه ينطوي على مخالفه لأحكام الدستور، امتنع على رئيس الجمهورية إصداره، وعندئذ يتعين عادة مشروع القانون على البرلمان لمعاودة النظر فيه مرة أخري في ضوء ما انتهي إليه قرار المحكمة الدستورية العليا

---

(١) وتجدر الإشارة إلى أن تحريك رقابة المحكمة الدستورية العليا يجري وفقاً لخطاب يتم إرساله من جانب رئيس الجمهورية مرفقا به مشروع القانون، إلى رئيس المحكمة، ولم يتضمن نص المادة ٧٦ من الدستور أية شروط خاصة بالنسبة لشكل هذا الطلب أو صيغته، وهو ما أشارت إليه المحكمة في صدور قرارها بشأن دستورية مشروع قانون الانتخابات الرئاسية بقولها بتاريخ ٢٠٠٥/٦/١٨ ورد إلى المحكمة الدستورية العليا كتاب السيد رئيس الجمهورية المؤرخ في ٢٠٠٥/٦/١٧ مرفقاً به مشروع قانون تنظيم الانتخابات الرئاسية طلباً عرضه على المحكمة لتقرير مدي مطابقته للدستور قبل إصداره إعمالاً بحكم المادة (٦٧) منه".

(٢) د. ثروت عبدالعال المرجع السابق ص ١١٧.

بشأن ما شاب نصوص المشروع من أوجه عدم الدستورية بحيث لا يجوز إصدار القانون إلا بعد تنقيته منها. وما يقتضيه ذلك من إجراء التعديلات اللازمة على النحو الذي يجعله مطابقاً للدستور.

وتطبيقاً لذلك خلصت المحكمة الدستورية العليا في قرارها الصادر في ٢٦ يونية ٢٠٠٥ بشأن مشروع قانون الانتخابات الرئاسية إلى عدم دستورية نص المادة (٥) من المشروع فيما نصت عليه بشأن تنظيم عملية الحلول محل رئيس اللجنة أو أحد أعضائها من أعضاء الهيئات القضائية أو الشخصيات العامة حال قيام مانع لدي أي منهم. وذلك تأسيساً على أن نص المادة المذكورة إذ قضي بأنه في حالة وجود مانع لدي رئيس اللجنة يحل محله من يليه في تشكيلها وهو رئيس محكمة استئناف القاهرة وفي هذه الحالة يحل محل الأخير من يليه في الأقدمية من رؤساء محاكم الاستئناف الأخرى. فإن هذا النص على هذا النحو يخالف حكم المادة (٧٦) من الدستور من وجهين:

الأول: أن رئيس محكمة استئناف القاهرة حين يحل محل رئيس اللجنة عند قيام مانع لدي الأخير ، لا تتغير صفته كعضو في ذات اللجنة، وكل ما في الأمر أنه يقوم بأعباء رئاسة اللجنة طوال فترة وجود المانع لدي رئيسها، ومن ثم فإن الأمر لا يستلزم حلول عضو آخر من ذات هيئة (محكمة الاستئناف) مكانه.

الثاني:- أن حال قيام المانع لدي رئيس اللجنة وتخلفه بالتالي عن المشاركة في أعمالها طوال فترة قيام هذا المانع، يؤدي إلى نقص العنصر القضائي عن العدد الذي إستلزمه النص الدستوري ومقداره خمسة أعضاء من الهيئات القضائية، وللمحافظة على تشكيل اللجنة على النحو الوارد بالنص الدستوري والذي تطلب وجود عضوين من المحكمة الدستورية العليا أحدهما في رئاسة اللجنة والآخر في عضويتها لاعتبارات قدر المشرع الدستوري رعايتها، فقد كان يتعين على مشروع القانون المعروض عند قيام مانع لدي رئيسها أن ينص على أن ينضم إلى عضوية اللجنة خلال فترة قيام المانع عضو آخر من المحكمة الدستورية العليا.

وفـي ضـوء هـذا العـوار الدستوري الـذي أصـاب نـص المـادة (٥) مـن مشروع قانون الانتخابات الرئاسية بادر المشرع إلى تلافي هذا العوار وتعديل نـصها بمـا يتفق ومـا أشـارت إليـه الدستورية العليـا فـي قرارهـا محـل الدراسة، وأصبحت المادة الخامسة بعد صدورها تنص على أنـه "فـي حالـة وجـود مـانع لدي رئيس اللجنة يحل مجله من يليه في تشكيلها وفي هذه الحالة يضم لعضوية اللجنة خلال فترة قيام المانع أقدم نواب رئيس المحكمـة الدستورية العليـا التـالي لعضو اللجنـة مـن ذات المحكمـة، عنـد وجـود المـانع لـدي أعـضاء اللجنـة مـن الهيئات القضائية يحل محله من يليه في الأقدمية من أعضاء هيئته".

كـذلك خلصت المحكمـة الدستورية العليـا فـي قرارهـا الـسابق إلـى عـدم دستورية نص المادة (٢٢) من مشروع القانون فيما كانت تنص عليه من حظر إذاعة أي إعلانات مدفوعة الأجر تتعلق بالانتخابات الرئاسية في وسائل الإعلام المسموعة والمرئية وذلك تأسيساً على أن هذا النص يتعـارض علـى هذا النحو مع حق كل إنسان في التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير بالمخالفة لحكم المـادة (٤٧) مـن الدستور، كمـا أنـه يفرض قيوداً على حق الترشيح قيوداً يكون مـن شـأنها المساس بمضمون هذا الحق ممـا يعـوق ممارسته بـصورة جديـة وفعالـة تمكـن المرشـح مـن عـرض برنامجـه الانتخـابي وآرائـه التـي يؤمن بهـا علـى جمهور النـاخبين ممـا يـشكل مخالفة لحكم المادة (٦٢) من الدستور سيما وأن للإنفاق على الدعاية الانتخابيـة سقفاً لا يجوز تجاوزه".

ونـزولاً علـى مـا قررتـه المحكمـة الدستورية العليـا بـشأن عـدم دستورية المادة (٢٢) سالفة الذكر جري تعديل مضمونها تعديلاً كلياً ، وأصبحت تنص بعد التعديل على أنه "تلتزم وسائل الأعلام المرئية والمسموعة المملوكـة للدولـة بتحقيق المساواة بين المرشحين في استخدامها لأغراض الدعاية الانتخابية".

هذا فضلاً عمـا قررتـه المحكمـة الدستورية العليـا بـشأن عدم دستورية نـصوص المـواد (٤٩ ، ٥٤، ٥٥) مـن مشروع القانون والتـي سبق لنـا تناولهـا

بمناسبة دراستنا لرقابة المسائل التي تخرج من نطاق رقابة المحكمة، ورأينا أن المحكمة قررت عدم دستورية هذه النصوص استنادا إلى اعتبارات الملائمة التي أعلنت في صدر قرارها أنها تخرج من نطاق رقابة المحكمة، ورأينا أن المحكمة قررت عدم دستورية هذه النصوص استنادا إلى اعتبارات الملائمة التي أعلنت في صدر قرارها أنها تخرج من نطاق اختصاصها.

ولئن كان يبدو من مطالعة قرار المحكمة الدستورية العليا بشأن مشروع قانون الانتخابات الرئاسية أن المحكمة قررت دستورية مشروع القانون في مجمله وعدم دستورية عدد محدود من نصوصه، على نحو يمكن معه القول بأن المحكمة التزمت في رقابتها كقاعدة عامة – بحدود سلطتها التي تنحصر إما في تقرير مطابقة نصوص مشروع القانون للدستور أو في تقرير عدم مطابقتها، حسبما يوحي بذلك ظاهر نص المادة ٧٦ من الدستور، ومع ذلك فإننا نلاحظ أن المحكمة لم تلتزم على نحو مطلق بهذا الإطار الضيق لحدود رقابتها وانحصارها في مجرد تقرير دستورية نصوص المشروع أو عدم دستوريتها، وإنما توسعت في نطاقها بأن سلكت مسلك المجلس الدستوري الفرنسي في تقرير مطابقة بعض نصوص مشروع القانون مع التحفظ، وذلك في الأحوال التي يقرر فيها المجلس الدستوري أن النص التشريعي محل الرقابة يتطابق مع أحكام الدستور بشرط مراعاة التفسير الذي يعطيه له المجلس.

وبهذه المثابة استطاعت المحكمة الدستورية العليا أن تتجاوز الإطار التقليدي لرقابة الدستورية الذي يحصرها في تقرير دستورية النص أو عدم دستوريته إلى خلق مستويات متعددة للرقابة تندرج فيما بينها من تقرير دستورية النص إلى تقرير دستوريته مع التحفظ وانتهاء بتقرير عدم دستوريته.

وعلى هذا النحو ذهبت المحكمة الدستورية العليا – إقتداء بمسلك المجلس الدستوري الفرنسي في هذا الشأن – إلى أن مشروع قانون الانتخابات الرئاسية قد حوي نصوصاً تثور بشأنها شبهة عدم الدستورية إلا إذا تم تفسيرها على وجه يزيل عنها هذه الشبهة.

وتطبيقاً لذلك قررت المحكمة أن المادة (١٣) من مشروع القانون إذ تنص علي أن يقدم طلب الترشيح إلى رئيس لجنة الانتخابات الرئاسية وذلك على النموذج الذي تعده اللجنة.. ويجب أن يرفق بالطلب المستندات التي تحددها اللجنة... فأنه يتعين تفسير عبارة (المستندات التي تحددها اللجنة) على نحو لا لا يعطيها الحق في إضافة أية شروط جديدة للشروط الواردة بنص المادة ٧٥ من الدستور (التي تضمن النص على الشروط الواجب توافرها فيمن يرشح نفسه لمصب رئيس الجمهورية) والمادة (١٣) من المشروع المعروض.

كذلك سلكت المحكمة الدستورية العليا المسلك ذاته بالنسبة لنص المادة (١٨) من مشروع القانون التي تناولت بالتنظيم حالة خلو مكان أحد المرشحين لأي سبب غير التنازل عن الترشيح وحصرتها في حالات ثلاث أولها: الفترة بين بدء الترشيح وقبل إعلان القائمة النهائية، وثانيهما: الفترة بين إعلان القائمة المذكورة وقبل انتهاء الاقتراع، وثالثهما: بين بدء إجراءات الإعادة وقبل انتهاء الاقتراع".

ولقد أجاز مشروع القانون في الحالتين الأولي والثانية لغير المرشحين التقدم للترشيح بالإجراءات وفي المواعيد المحددة بالنص بالإضافة إلى من سبق تقدمهم للترشيح، هذا في الوقت الذي نصت فيه الفقرة الثانية من النص المذكور على تطبيق ذات الحكم على الحالة الثالثة وهي الفترة بين بدء الانتخابات والإعادة وقبل انتهاء الاقتراع، ومن ثم فإنه يتعين تفسير عبارة (ويطبق ذات الحكم إذا كان الخلو خلال الفترة من بدء إجراءات انتخابات الإعادة وقبل انتهاء الاقتراع) على نحو يسمح للمرشحين السابقين الذين لم يوفقوا في الانتخابات الأولي بالتقدم في انتخابات الإعادة مع من يتقدم للترشيح خلال هذه الفترة لأول مرة، لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى حرمان الطائفة الأولي من المشاركة في انتخابات الإعادة على نحو يخل بمبدأي المساواة وتكافؤ الفرص.

ولا يخفي ما ينطوي عليه اتجاه المحكمة الدستورية العليا آنف البيان من تجاوز لحدود سلطتها في تقرير دستورية نصوص مشروع القانون أو عدم

دستوريتها إلى حد تقييد سلطة المشرع وإرشاده في قيامه بأعماله التشريعية من خلال ما تمليه عليه من تفسيرات يتعين عليه – أي المشرع – الالتزام بها وتطبيق القانون وفقاً لها، وإلا أضحى القانون – حال عدم مراعاة هذا التفسير – مخالفاً للدستور، بما يعنيه ذلك – بمفهوم المخالفة أن النص التشريعي لا يكون مطابقاً للدستور إلا وفقاً للتفسير الذي تعطيه له المحكمة الدستورية العليا وأي تفسير آخر – خلاف تفسير المحكمة – يجعل القانون غير دستوري.

وفي خصوص حجية قرارات المحكمة الدستورية العليا:

نظراً لأن الرقابة التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا على مشروع قانون الانتخابات الرئاسية رقابة سابقة، لذلك فإنها توصف بأنها رقابة مجردة تمارسها المحكمة في غير نزاع ، وبهذه المثابة لا تصدر المحكمة – في رقابتها السابقة – أحكاما قضائية تندرج في عداد الأحكام القضائية التي تصدرها وهي بصدد ممارستها لرقابتها، وإنما تصدر مجرد قرارات، ويبدو ذلك جلياً من خلال المغايرة بين صياغة نص المادة (٧٦) من الدستور التي وصفت ما يصدر عن المحكمة الدستورية العليا بمناسبة رقابتها السابقة بأنها قرارات، بقولها تصدر المحكمة قرارها في هذا الشأن... "وبين نص المادة (١٧٨) من الدستور التي خلعت وصف الأحكام على ما يصدر من المحكمة الدستورية العليا بمناسبة رقابتها اللاحقة بقولها ينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار.

ومع ذلك ورغم هذه المفارقة فإن القرارات التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا بمناسبة رقابتها السابقة تتمتع وبصريح نص المادة ٧٦ من الدستور بالحجية ا مطلقة المقررة للأحكام القضائية على نحو يجعلها تستوي – من هذه الزاوية – والأحكام التي تصدرها المحكمة ذاتها بمناسبة رقابتها اللاحقة[1]. وهو ما عنته المادة (٧٦) بقولها: "وفي جميع الأحوال يكون قرار

---

(١) يكاد يجمع الفقه المصري على ما تتمتع به الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا من حجية مطلقة لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعوى الدستورية التي

المحكمة ملزماً للكافة ولجميع سلطات الدولة...".

ويبدو من ظاهر هذا النص للوهلة الأولي أن المشرع الدستوري أراد إسباغ الحجية المطلقة على كافة قرارات المحكمة الدستورية العليا في شأن مدي دستورية نصوص مشروع القانون المعروض عليها أياً كان نوعها أي سواء كانت صادرة بتقرير دستوريته أو عدم دستورية في مجموعه أو في بعض نصوصه أو كانت صادرة بتقرير دستوريته بشرط مراعاة التفسير الذي تقرر له المحكمة.

وترتيباً على ذلك إذا قررت المحكمة الدستورية العليا دستورية نصوص المشروع فإن ذلك يستتبع إصدار القانون، ويحول في الوقت ذاته دون المنازعة في دستوريته مرة أخري ويكون قرار المحكمة في هذا الشأن ملزماً لكافة سلطات الدولة بما في ذلك السلطة القضائية ذاتها.

أما إذا قررت المحكمة عدم دستورية نص مشروع القانون كلها أو بعضها فشأن ذلك يحول دون صدور القانون إلا بعد تنقيته من أوجه عدم الدستورية التي أشارت إليها المحكمة في قرارها أياً كانت طبيعتها – شكلية كانت أم موضوعية – وهو ما يقتضي إعادة مشروع القانون إلي مجلس الشعب مرة أخري لإجراء ما يلزم من تعديل في نصوصه على النحو الذي يجعله مطابقاً لأحكام الدستور.

وغني عن البيان أن الحجية المطلقة التي أسبغها المشرع على قرارات المحكمة الدستورية العليا لا تقتصر على منطوق هذه القرارات فحسب وإنما

صدرت فيها وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة وتلتزم بها جميع سلطات الدولة، أنظر في ذلك د. رمزي الشاعر: المرجع السابق ص ٦٠٤، د. عادل عمر شريف: المرجع السابق ص ٤٦٤، د. نبيلة عبدالحليم كامل: الرقابة القضائية على دستورية القوانين، القضاء الدستوري ١٩٩٣ ص ٢٣٢، د. محمد حسنين عبدالعال: المرجع السابق ص ١٦٤، د. محمد عبدالعال السناري: الشريعة الإسلامية وضوابط رقابة القوانين في مصر ، عالم الكتب ١٩٨٦ ص ٢٠٨.

تمتد أيضاً إلى أسبابها التي ترتبط بالمنطوق ارتباطا وثيقا بحيث لا تقوم للمنطوق قائمة بدونها، وإذا تضمنت أسباب القرار الفصل في مسألة دستورية دون الإشارة إليها في منطوق القرار كما هو الشأن بالنسبة للنصوص التي تقرر المحكمة دستوريتها بشرط تفسيرها على نحو معين فإن هذه الأسباب تشكل مع المنطوق وحدة لا تنقصم، ومن ثم تكون هذه الأسباب كذلك ملزمة للناس كافة ولكل سلطة من سلطات الدولة[1].

وتجدر الإشارة إلى أنه عند نظر الطعن بعدم دستورية قانون الانتخابات الرئاسية الصادر تنفيذاً لهذا التعديل انتهت المحكمة الدستورية برفض الطعن وذهبت في ذلك إلى:-

وحيث إن المدعي ينعي على نصوص المواد ٢، ٨، ١١، ١٣، ٢٤، ٢٥، ٤٣ من القانون رقم ١٧٤ لسنة ٢٠٠٥ بتنظيم الانتخابات الرئاسية. مخالفتها لأحكام المواد ٣، ٨، ٤٠، ٥٧، ٦٢، ٦٤، ٦٥، ٦٨ من الدستور.

وحيث إن هذا النعي غير سديد ، ذلك إنه وفقاً لنص المادة (٧٦) من الدستور، بعد تعديلها بموجب الاستفتاء الحاصل في ٢٠٠٥/٥/٢٥ يقضي بأن "يعرض رئيس الجمهورية مشروع القانون المنظم للانتخابات الرئاسية على المحكمة الدستورية العليا بعد إقراره من مجلس الشعب وقبل إصداره لتقرير مدي مطابقته للدستور.

---

(١) أنظر في هذا الشأن حكم المحكمة الدستورية العليا في ١١ يونية ١٩٨٣، الدعوى الدستورية رقم ٤٨ س ٣ ق مجموعة الأحكام ج ٢ ص ١٤٨، وحكمها في ١٧ مارس ١٩٨٤ ، الدعوى الدستورية رقم ١٣٦ س ٥ ق ، مجموعة الإحكام ج٣ ص ٤٩، حكمها في أول فبراير ١٩٨٦، الدعوى الدستورية رقم ٩ س ٨ ق ، مجموعة الأحكام ج٣ ص ٥٦.

ما جاء بالمتن هو نقل كامل من مؤلف د. ثروت عبدالعال سالف البيان ص ١٧٠ وما بعدها.

وتصدر المحكمة قرارها في هذا الشأن خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ عرض الأمر عليها، فإذا قررت المحكمة عدم دستورية نص أو أكثر من نصوص المشروع، رده رئيس الجمهورية إلى مجلس الشعب لإعمال مقتضي هذا القرار. وفي جميع الأحوال يكون قرار المحكمة ملزماً للكافة ولجميع سلطات الدولة، وينشر في الجريدة الرسمية خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره" وإذ عرض مشروع قانون تنظيم الانتخابات الرئاسية على مجلس الشورى، فأقره بتاريخ ٢٠٠٥/٦/١٣ ثم عرض على مجلس الشعب فأقره بتاريخ ٢٠٠٥/٦/١٥ وقد قام رئيس الجمهورية بتاريخ ٢٠٠٥/٦/١٨ بعرض مشروع ذلك القانون على المحكمة الدستورية العليا لتقرير مدي دستوريته إعمالاً لحكم المادة (٧٦) من الدستور بعد تعديلها – وبعد أن أعدت هيئة المفوضين بتلك المحكمة تقريرها عن مشروع القانون، عرض على المحكمة لتصدر قرارها بشأن مدى دستوريته.

وحيث إنه بتاريخ ٢٠٠٥/٦/٢٦ أصدرت المحكمة الدستورية العليا قرارها وقد انتهت فيه إلى أن الفقرة الثالثة من المادة (٥) والمواد (٢٢، ٤٩، ٥٤، ٥٥) من مشروع ذلك القانون غير مطابقة لأحكام الدستور على النحو المبين بالأسباب، وأشارت في مدونات قرارها إلى أن المشروع المعروض حوى نصوصاً تثور بشأنها شبهة عدم الدستورية إلا إذا تم تفسيرها على الوجه يزيل عنها هذه الشبهة، وحددت تلك النصوص في المادتين (١٣، ١٨) من مشروع القانون مثيرة إلى التفسير الواجب إعماله بشأنهما، وقد تم نشر قرار المحكمة بالعدد ٢٥ (مكرراً) من الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٦ يونيه سنة ٢٠٠٥ والتزاما بحكم المادة (٧٦) من الدستور بعد تعديلها قام السيد رئيس الجمهورية برد مشروع القانون إلى مجلس الشعب لإعمال مقتضي قرار هذه المحكمة.

وحيث إن مجلس الشعب التزاما منه بمنطوق قرار المحكمة والأسباب المكملة له قام بحذف المادة (٢٢) من مشروع القانون وأدخل تعديلات على المواد (٣/٥، ٤٩، ٥٤، ٥٥) منه لتتفق وما جاء بقرار المحكمة الدستورية

العليا في هذا الشأن مع الالتزام بالتفسير الذي قررته المحكمة بشأن نص المادتين (١٣، ١٨) من المشروع. ثم قام بإقرار مشروع ذلك القانون بعد تعديله وأرسله للسيد رئيس الجمهورية الذي قام بإصداره بتاريخ ٢ يوليه سنة ٢٠٠٥ حيث تم نشره بذات التاريخ في العدد ٢٦ (مكرر) من الجريدة الرسمية.

وحيث إنه يبين مما تقدم أن هذه المحكمة قد مارست حقها في الرقابة السابقة على مشروع القانون سالف البيان وأبدت ملاحظاتها ورأيها في مدي مطابقة مواده للدستور وفقاً لما خوله لها نص المادة (٧٦) بعد تعديلها وقد التزم مجلس الشعب بعد إحالة المشروع إليه من رئيس الجمهورية بما قررته المحكمة الدستورية العليا في قرارها الصادر بتاريخ ٢٠٠٥/٦/٢٦ وإذ تباشر المحكمة في هذه الدعوى اختصاصها الأصيل المنصوص عليه في المادة ١٧٥ من الدستور والمادة ٢٥ من قانونها بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين فقد استعرضت نصوص المواد المطعون عليها وتبين أن مجلس الشعب قد التزم بقرار المحكمة وصدر القانون سالف البيان غير مخالف في أي من مواده لنصوص الدستور ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن بشأن المواد المطعون عليها من ذلك القانون يكون غير قائم على أساس يتعين القضاء برفضه.

(القضية رقم ١٨٨ لسنة ٢٧ ق دستورية جلسة ٢٠٠٦/١/١٥)

وإذا كان طريق الطعن القضائي قد أغلق[1] أمام المطالبة بعدم دستورية قانون الانتخابات الرقابية العليا تطبيقاً لتعديل المادة ٧٦ ق الدستور فما قيمة نسبة الانحراف الدستوري لهذا التعديل؟

إن القيمة الحقيقية لوصم التعديل الدستوري بالانحراف أنه يجعل أية انتخابات رئاسية مقبلة ليس بها تنافس على منصب رئيس الجمهورية هي انتخابات غير صحيحة وغير دستورية فالغرض من هذا التعديل الدستوري

---

(١) أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٥٥٧٩ لسنة ٥١ ق جلسة ٢٠٠٥/٩/٦ بعدم اختصاص محاكم مجلس الدولة ولائيا بنظر الدعوى وكان الطعن منصبا على أحد قرارات اللجنة الرئاسية.

أوضحه السيد رئيس الجمهورية في خطابه الموجه لمجلس الشعب بضوابط التعديل زقد اتضح صراحة عن أن الغرض منه هو كفالة تعدد المرشحين لمنصب رئيس الجمهورية فإذا أسفر تطبيق هذه المادة بعد تعديلها على عدم توافر سوي مرشح واحد للرئاسة لعجز الأخرين عن الحصول على مقتضيات وموجبات الترشيح وفقاً لهذه المادة أضحي التعديل خالياً من المضمون والهدف المقرر له وأصبح واجباً النزول على إرادة الشعب الذي وافق على الاستفتاء على هذه المادة بافتراض توافر موجبات أعمالها ووجود أكثر من مرشح للرئاسة وإلا كان واضحاً أن هذه المادة هي بمثابة عودة إلى نظام الاستفتاء على منصب رئيس الجمهورية في صورة انتخاب وهو ما يصم هذه المادة وتطبيقها القانوني بالانحراف الدستوري والتشريعي ولا نظن أن هناك مجالاً للحصول على حكم قضائي بوقف هذه المادة أو القانون المنفذ لها سواء من المحكمة الدستورية العليا أو أي محكمة أخري فالأمر يتطلب تدخل تشريعي ودستوري لتعديلها على نحو يكفل حرية ودخول أكثر من مرشح الانتخابات الرئاسية وبغير هذا تظل هذه المادة عائقاً عن إمكان وجود أكثر من مرشح للرئاسة وهو ما يحبط أي ممن أيدوا هذا التعديل.

كلمة في تعديل الدستور

يدور الحديث عن تعديل الدستور وتتشتت الآراء المطالبة بهذا التعديل وتتخذ اتجاهات متعددة حتى تحسب أن من يطالبوا بتعديل الدستور إنما يطالبون في الحقيقة بوضع دستور جديد ويجب أن يكون مترسخاً في الأذهان عدة حقائق في هذا الخصوص منها أن الدستور هو عمل متكامل له فلسفة محددة ومعينة وجاء استنادا إلى مبادئ عليا تهيمن عليه كله في نصوصه المفردة وفي مجموعة وهذه المبادئ هي الفلسفة التي صدر من أجلها الدستور والأهداف التي وضع ليحققها فلا يجوز عند التطرق لتعديل الدستور إهدار هذه المبادئ العليا والفلسفة التي تهيمن عليه حتى ولو كان التعديل يتناول مادة واحدة من مواد الدستور وإلا وقع التعديل مخالفاً لباقي النصوص واضحي النص المعدل

أو النصوص المعدلة غريبة عن باقي النصوص ومتنافرة معها وهذا من شأنه أن يهدر قيمة الدستور كله ويصبح الأمر في حاجة إلى دستور جديد متناسق في نصوصه وفلسفته ويعبر عن ذلك أحد كبار رجال القضاء الدستوري حيث يذهب إلى:-

ويظل ثابتاً أن تعديل الدستور لا يجوز أن يتناول غير بعض مواده. ذلك أن تعديل الدستور غير الانقضاض على أحكامه جميعها وإبدالها بغيرها. وإنما يتعلق التعديل بمواد بذواتها لم تعد موائمة لعصرها. ولا كذلك إبدال الدستور القائم بغيره إذ تتولاه الجماهير مباشرة بنفسها، ولا تتولاه جهة أولاها الدستور اختصاص تعديل بعض أحكامه.

ولا يجوز القول بالتالي بأن كل تعديل للدستور يتناول مواده كلها أو أغلبها، يعتبر صحيحاً بشرط التقيد بالقواعد الإجرائية التي اشترطها الدستور لإجراء التعديل.

ذلك أن الحق في تعديل الدستور يفترض أن ينحصر في نقاط فيه بعينها قام الدليل على مجافاتها لروح العصر.

وكما أن تعديل القانون غير إنهاء وجوده، فإن تعديل الدستور غير إلغاء كافة أحكامه . كذلك فإن القول بجواز أن يشمل تعديل الدستور أحكامه جميعها، يفترض أن الدستور في كل أجزائه صار عقيماً ونبتاً بغير ثمار. وهو تصور لا يتعلق بدستور صار معيباً في بعض جوانبه ، وإنما بدستور صار سيئاً بكل مشتملاته. وليس ذلك تعديلاً للدستور. يؤيد هذا النظر أن التعديل الكامل للدستور لا يتوخى في حقيقة الأمر، أو على الأقل في الأعم من الأحوال، غير إبدال النظم السياسية القائمة بنظم مختلفة عنها تحل محلها وتقوم على أنقاضها. وليس ذلك غير انحراف من الجهة التي اختصها الدستور بتعديل بعض أحكامه، عن حدود الولاية التي منحها إياها، ومجاوزتها بالتالي الأغراض التي يفترض

أن تعمـل علـى تحقيقهـا، والتـي تتمثـل فـي مقابلـة بعـض نـصوص الدسـتور بالأوضـاع الجديـدة القائمـة فـي الجماعـة، وتقويمها بمـا يكفـل تعايشها مـع هذه الأوضاع.

ولـيس تحـول الجهـة التـي اختـصها الدسـتور بالتعـديل ، عـن غرضـها الأصيل فـي مواءمـة بعض أحكامـه مـع حقـائق جديدة تلفظ الأوضـاع القديمـة ، غير تدليس على الدستور La Fraude à la constitution.

كذلك فإن تحلل هذه الجهة من القيود الإجرائيـة التـي فرضـها الدستور عليها في مجال تعديل الدستور، يمثل انقلابا من جهتها على سند ولايتها(١).

وأوضح ذلك رئيس مجلس الشعب وهو أحد كبرا فقهاء التشريع والقانون فذهب إلي وجود قيود موضوعية وإجرائية على تعديل الدستور لا يجوز لسلطة التعديل لسلطة التعديل تجاوزها وذهب إلى أنه:-

وقد اتجه القضاء الدستوري في الدول الأوربية إلى مراقبة مدي دستورية تعديل الدستور إذا خالف القواعد فوق الدستورية . فقضت المحكمـة الدستورية الإيطاليـة فـي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٨٨ بـأن الدستور الإيطـالي تـضمن مبـادئ سامية لا يمكن تغييرها أو تعديلها فـي مضمونها الأساسـي ولـو بطريـق قـانون بتعديل الدستور أو بطريـق أي قـانون دسـتوري. ورددت المحكمـة الدسـتورية الإيطاليـة فـي هذا النطـاق أكثـر مـن مرة بأنهـا تـستطيع ممارسـة رقابتهـا علـى دستورية النصوص الدستورية (على سبيل المثال: القرار رقم ٣٨ في ٩ مـارس سنة ١٩٥٧ والقرار رقم ٤٦ فـي ٢ ينـاير ١٩٤٦. والقـرار رقـم ٣٠ فـي أول مارس ١٩٧١. والقرار رقم ١٢ فـي ٢ فبراير سنة ١٩٧٢. والقرار رقم ١٧٠ في ٨ يونيه سنة ١٩٨٤. والقرار رقم ٣٦ في ٣٠ ينـاير سـنة ١٩٨٥، والقرار رقم ٣٦٦ لسنة ١٩٩١). كما نصت المادة ١١٢ من الدستور النرويجي على أن التعديلات الدستورية لا يجـوز أن تطـرأ إلا علـى النـصوص التـي لا تـؤثر فـي

(١) المستشار الدكتور عوض المر المرجع السابق ص ٨٣٩.

روح الدستور. وقد قضت المحكمة الدستورية الألمانية بأن سلطة تعديل الدستور هي سلطة فرعية من السلطة التأسيسية الأصلية فتتقيد بالنصوص الإجرائية الجوهرية التي نص عليها الدستور ، وأنها مسئولة عن مراقبة احترام هذه النصوص وأكدت أنه في إمكانها التدخل لتقرير عدم صحة بعض التعديلات الدستورية. وقضت بأنه تطبيقاً للمادة ٣/٧٩ من الدستور الألماني بأن سلطة مراجعة الدستور لا يمكنها المساس بالقيود الواردة هي في هذه المادة وأكدت أن القواعد الدستورية العليا تحكم النظام الدستوري بأسره ، وأن السلطة المخولة بتعديل الدستور لا يمكنها أن تفرض قيوداً جديدة حتى لا تعدل من نطاق اختصاصها المفوض لها بحكم الدستور. وقد فسرت ذلك كله المحكمة الدستورية الألمانية في قولها بأن الدستور له وحدة داخلية . وأن كل معنى لجزء فيه يرتبط بغيره من النصوص، وأن أخذ الدستور كوحدة واحدة يوضح أن بعض المبادئ الأساسية فيه تخضع لها نصوص أخري في الدستور. وبالإضافة إلى القيود الموضوعية التي تفرضها القواعد الدستورية العليا على سلطة تعديل الدستور، فإن هذه القواعد قد فرضت قواعد إجرائية يتعين الالتزام بها مثال ذلك ما نص عليه الدستور الفرنسي من عدم إمكان السير في إجراءات تعديل الدستور إذا كان هناك اعتداء على سلامة إقليم الدولة (المادة ٨٩) كما نص الدستور الأسباني على عدم إمكان المشروع في تعديل الدستور في أوقات الحرب أو في حالة توافر الاستنفار العام وحالة الطوارئ وحالة الأحكام العرفية (المادتان ١١٦ و ١٦٩).

وقد استخلصت المحاكم الدستورية في بعض الدول وجود قواعد دستورية عليا ضمنية تعتبر قيوداً على سلطة تعديل الدستور. في الهند حتى سنة ١٩٦٧ امتنعت المحكمة العليا عن تقييد سلطة تعديل الدستور بأي قيد، (Galak Nath 7. State of pundjab) بأن البرلمان لا يمكنه المساس بالحقوق الأساسية المنصوص عليها في القسم الثالث من الدستور حتى ولو التجأ إلى تعديل الدستور، استنادا إلى المادة ٢/١٣ من الدستور التي نصت على أن الدولة لا يجوز لها أن تصدر قانوناً يتجاوز الحقوق التي نص عليها هذا القسم، وأن

أي قانون يأتي بالمخالفة لهذا النص يعتبر باطلاً. وقد أبدت المحكمة العليا هذا المبدأ مرة أخري سنة ١٩٧٣ في قضية (Kasavenda) ولم تجز تعديل الدستور على نحو يسمح بالمساس بحق الملكية بوصفه من الحقوق الأساسية في الدستور الهندي، إلا أن المحكمة لم توضح العناصر المميزة لهذه الحقوق. وفي سنة ١٩٧٥ قضت المحكمة العليا الهندية في قضية Indira) Gandhi V. (Rajnarain عدم صحة تعديل دستوري أقره البرلمان بقصد تصحيح انتخابات كانت محل نزاع أمام المحكمة. واستندت المحكمة الهندية العليا في حكمها إلى أن هذا التعديل يكون تعسفاً صارخاً في استخدام سلطة تعديل الدستور. واستقرت المحكمة العليا الهندية على هذا الاتجاه فأكدت سنة ١٩٨٠ في قضية (Minerva Mills V. Union of India) بمناسبة قضائها بعدم دستورية تعديل دستوري ، بأن البرلمان لا يمكنه أن يمتلك لنفسه حق مخالفة الدستور أو حق تدمير مكوناته الأساسية. ولا يمكنه أن ينتزع من المحاكم سلطة الرقابة على دستورية التعديلات الدستورية لأن هذه السلطة – في نظر المحكمة العليا الهندية – هي عنصر أساسي في دستور البلاد. وإذا لم يمكن مراقبة التعديلات الدستورية، فإن الحقوق الأساسية سوف تكون معرضة للخطر، كما يتعرض الدستور لخطر تحوله إلى مجرد إعلان نوايا. لقد رأت المحكمة العليا الهندية أن التعديلات الدستورية تهدف إلى الانقضاض تماماً على التوازن الموجود في الدستور الهندي بين الحقوق الأساسية والمبادئ الحاكمة للدولة. وهو توازن يعتبر عنصراً أساسياً في هيكل الدستور الهندي، يهدف إلى أن يستبدل النظام الديمقراطي بالنظام الشمولي.

وفي فرنسا رفض المجلس الدستوري إجراء رقابة دستورية على تعديل الدستور بغير الإجراءات المنصوص عليها في المادة ٨٩ منه والتي تحكم سلطة التعديل، وقرر عدم اختصاصه بنظر مدي دستورية تعديل الدستور من خلال الاستفتاء الشعبي طبقاً للمادة ١١ من الدستور التي تبيح طرح بعض مشروعات القوانين على الاستفتاء الشعبي. وقد أسس المجلس الدستوري قراره على أساس أن سلطته في الرقابة تقتصر على مشروعات القوانين التي يقرها

البرلمان وليس مشروعات القوانين التي يقرها الشعب لأن هذه الأخيرة ليست إلا تعبيراً مباشراً عن السيادة الوطنية (قرار المجلس الدستوري رقم ٦٠ لسنة ٩٢ في ٦ نوفمبر ١٩٦٢).

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، لوحظ أن الفقرة الرابعة من الدستور الأمريكي قد نصت على أن الولايات المتحدة سوف تكفل لكل ولاية في الإتحاد الشكل الجمهوري للحكومة وقد قضت المحكمة العليا الأمريكية بأن ذلك يفرض التزاما على المشرع الدستوري بالأخذ بالشكل الجمهورية للحكومة، مما يحول دون إقامة أي حكومة عسكرية لأنها تتجاوز في هذه الحالة الشكل الجمهوري (Luther V. Borden, 48 U.S "7how." 1.45"1849") – وقد رفضت المحكمة العليا الأمريكية وجود قيود ضمنية على تعديل الدستور. وردت على المنازعة في صحة التعديل الثامن عشر على أن هذا التعديل جاء في حدود سلطة تعديل الدستور المنصوص عليها في المادة الخامسة من الدستور الأمريكي (1931) U.S.V.S proague, 282 U.S. 716 وأوضحت المحكمة العليا في حكم لاحق بأن إجراءات تعديل الدستور والتصديق عليها تخضع فقط لرقابة الكونجرس، ومن ثم فإن الصحة الدستورية لبعض عناصر هذه الإجراءات لا تخضع للرقابة القضائية. وأكدت أن فاعلية التصديق على التعديل المقترح الذي سبق رفضه من قبل هو مسالة سياسية تخضع لرقابة الكونجرس وحده وتخرج عن اختصاص المحكمة العليا Goleman V. Miller< 307 . U.S. 433 "1939".

وخلاصة القول: فإن القواعد فوق الدستورية تعتبر بمثابة قيود دستورية موضوعية وإجرائية على سلطة تعديل الدستور. فإن مارست المحكمة الدستورية العليا رقابتها علي التعديل، فإن ذلك لا يكون في مقام البحث في مدي وجود تدرج بين قواعد دستورية عادية وقواعد فوق الدستورية لأن جميع القواعد متساوية في القيمة الدستورية باعتبارها جزءاً لا يتجزأ من النظام الدستورية، إلا أن القواعد فوق الدستورية تتميز بأنها قيود على سلطة التعديل

الدستوري، بحكم أن هذه القواعد وضعتها السلطة التأسيسية الأصلية. بخلاف القواعد الدستورية التي أوردها التعديل الدستوري، فإنها صدرت من سلطة فرعية منبثقة من السلطة التأسيسية الأصلية وبناء على تفويض منها فلا يجوز أن تخرج عن حدود هذا التفويض.

وعلى ذلك. فإن التمييز بين القواعد الدستورية العليا والقواعد الدستورية الواردة في التعديل الدستوري يرجع إلى التمييز بين السلطة التأسيسية الأصلية التي وضعت الدستور الأصلي والسلطة الفرعية المنبثقة عن السلطة الأصلية والتي حملت تفويضاً منها بإمكان تعديل الدستور في حدود معينة. وبمقتضى هذا التمييز فإن التفويض الذي منحته السلطة التأسيسية الأصلية يضع قيوداً على السلطة الفرعية المنبثقة يتمثل فيما سمي بالقواعد الدستورية العليا. فإن تخطته كان التعديل باطلاً بسبب الانحراف في استخدام سلطة التعديل.

ولا يحكم المنازعة في دستورية التعديل معيار التدرج بين نصين دستوريين أحدهما في الدستور الأصلي والثاني في التعديل الدستوري، بل هي منازعة حول حدود سلطة التعديل وإجراءاته لأن الوجود الدستوري للنص محل التعديل لا يكون إلا بناء على إجراءات سليمة . ولا تتحدد مستويات القواعد القانونية إلا عند تساويها في الوجود القانوني ابتداء. ولا يظهر عيب عدم دستورية التعديل استفتاء الشعب عليه لأن محل هذا الاستفتاء يجب أن يرد على قواعد تمت في حدود تفوضي السلطة الأصلية التي وضعت الدستور، فإن ورد على غير ذلك وقع الاستفتاء باطلاً لوروده على محل غير مشروع.

وختاماً فإننا نود التنبيه إلى الحقائق الآتية:-

١- أن الدستور له مدلول سياسي تحدده الإرادة السياسية للشعب، بجانب مدلوله القانوني الذي تحدده السلطة التأسيسية الأصلية لتتحقق به مشروعيته السياسية.

٢- أن المدلول القانوني للدستور يتحدد في صورة فاعلية لمواد الدستور لكي تضفي الطابع الدستوري لمضمون الإرادة السياسية للشعب. وتتوافر به الشرعية الدستورية.

٣- أن النظام الدستوري يتكون من مجموع نصوص الدستور والنصوص التي ترد في القوانين التي تعالج موضوعات دستورية بترخيص من الدستور، وهي القوانين المكملة للدستور في مصر.

٤- أن سلطة تعديل الدستور تتقيد بالقواعد فوق الدستورية (الموضوعية والإجرائية) الواردة في الدستور صراحة أو ضمناً بوصفها حدوداً للتفويض الذي منحته إياها السلطة التأسيسية الأصلية التي وضعت الدستور.

٥- أن الدستور المصري القائم (١٩٧١) يجدد مشروعية سياسية توجب استمراره. والتمسك به، مع إجراء تعديل دستوري تتولاه سلطة تعديل الدستور التي حددها الدستور في ضوء تطور المشروعية السياسية نحو آفاق أرحب من الديمقراطية.

٦- إن رئيس الجمهورية قام بعملية سياسة طرح من خلالها رؤيته نحو تعديل الدستور من خلال برنامجه الانتخابي، كما عنى باستطلاع آراء نواب الشعب قبل التقدم بطلب تعديل الدستور. وهذه العملية السياسية تسبق العملية الدستورية المتمثلة في طلب التعديل الدستوري حتى يأتي هذا التعديل بشرعية دستوربة معبرة عن المشروعية السياسية التي تحددها إرادة الشعب.

٧- إن المحكمة الدستورية العليا من خلال تفسيرها الواسع للدستور تستطيع أن ترسي عدداً من المفاهيم والقيم التي تحقق في ذاتها

إصلاحاً دستورياً من خلال تعديل المفاهيم والقيم التي كانت سائدة عند وضع الدستور، لكي تساير التطور وأبعاد المستقبل(١).

ونحن نؤيد ما جاء بآراء كبار الفقهاء ورجال القضاء الدستوري في هذا الخصوص فلا يجوز أن يتجاوز التعديل إطار المبادئ الأساسية الواردة في الدستور المصري وعلى ذلك فإن التعديل المؤثر في نظرنا يأتي في نطاق تعديل تشكيل السلطة التشريعية في مصر من خلال إنشاء تطوير عمل مجلس الشورى ليكون مجلساً للشيوخ يمكن من خلاله تعديل دستوري واضح وضع ضوابط لعضوية هذا المجلس تختلف عن تلك المقررة لمجلس الشعب من خلال رفع من المرشح وتطلب شروطاً في المؤهل تتيح الترشيح فيه وكذلك يمكن النص على جواز التمثيل النسبي لبعض الطوائف في هذا المجلس من خلال التعيين فيه بقوة القانون كنسبة مخصصة للمنتخبين في المجلس المحلي للأخوة المسيحين وكذلك نسبة للمنتخبين في المجلس الأعلى للشئون الإسلامية وعضوية المجلس بقوة القانون لرؤساء النقابات المهنية ورؤساء الأحزاب المتوافرة فيها نصاباً معيناً أي لا يكون التعيين فيه بسلطة رئيس الجمهورية وجعل الإنتخاب ممكنا بالقائمة النسبية تكون هذه الإصلاحات تعديلات دستورية لا تخل بإيقاع وفلسفة النصوص الدستورية الأخرى بل تزيد من حجم المناخ الديمقراطي دون اللجوء إلى وضع دستور جديد وهو أمر أصبح في عداد المستحيلات مع الاضطراب الذي يعن فيه المجتمع المصري في الفترة الانتقالية الحالية بين النظام الشمولي والنظام الديمقراطي.

وهذا يقودنا إلى وضع تصور لإمكان إصلاح المؤسستين الدستوريتين القضاء والبرلمان.

---

(١) الدكتور أحمد فتحي سرور رئيس مجلس الشعب مقال في جريدة روزاليوسف العدد ١٨٧ في ٢٠٠٦/٣/٢٠ كيف يتحقق الإصلاح الدستوري ص ٥.

الديمقراطية والتنمية
والطريق إلى إصلاح المؤسسات الدستورية

أصبحت التنمية الاقتصادية والاجتماعية هدفاً جديراً بالاعتبار في الدول النامية فبغير تنمية اقتصادية لن يتسنى رفع مستوى المعيشة للفرد في المجتمع ولكن قبل النظر في التنمية الاقتصادية والاجتماعية يجب أن يكون ماثلاً في الأذهان إن هذه التنمية لن يكون لها صدى في تقدم المجتمع ما لم تتم في إطار ديمقراطي هي السبيل الوحيد حتى تحقق التنمية أهدافها في الرقي بالواقع الاقتصادي والاجتماعي للفرد في الدول النامية.

وترتبط الديمقراطية بتطوير المؤسسات الدستورية القائمة وإقامة التوازن بينها على وجه يثبت ويؤكد الطابع الديمقراطي في الدولة وإذا كانت مصر شهدت حراكاً سياسياً هائلاً تنتجه ضغوط خارجية وداخلية عديدة تطالب بإجراء إصلاحات سياسية في المقام الأول نظراً لأهمية الإصلاحات السياسية كمدخل لأي إصلاح اقتصادي وبدأ هذا الحراك منذ إعلان الرئيس محمد حسني مبارك عن مبادرته لتعديل المادة ٧٦ من الدستور حتى يتاح لأكثر من مرشح التقدم لانتخابات رئاسة الجمهورية ومع هذه الرغبة من الرئيس التي بدت واضحة في كتابه لرئيس مجلس الشعب[١] إلا أن قوى المعارضة للإصلاح نجحت في تعديل هذه المادة على نحو أدي إلى إفراغها من مضمونها وعاد الأمر كما كان قبل تعديل هذه المادة حيث أصبح من المستحيل على غير مرشح الحزب الوطني دخول هذه الانتخابات وهنا يثور التساؤل هل نحن جادون في الإصلاح أم أن الأمر يسير نحو تكريس الأوضاع الحالية والتي أفرزت طغياناً شديداً لمؤسسة الرئاسة على سائر المؤسسات الدستورية وهو ما يدفعنا إلى وجوب الوقوف دائماً عند البواعث والنوايا وراء أي اقتراح بتعديل دستوري أو قانوني في النظام السياسي حتى نستطيع معرفة حقيقة هذه الخطوات نحو الإصلاح ودراسة البواعث معناه الدخول إلى جوهر العمل نفسه إلى السبب العميق

---

(١) أنظر مؤلفنا الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته ج ٢ ص ٣٤٠.

للتصرفات التي يقوم بها الفرد أو الجماعة فالباعث هو الحافز الذي يدفع الشخص للقيام بعمل معين لتحقيق هدف معين والبواعث تكشف عن النية في حين أن النية لا يمكن أن تكشف عن البواعث والبواعث لا تعرفنا بالنية فحسب بل تعطيها صبغة خاصة وتحدد لها معناها الحقيقي فمثلاً تكون النية سيئة أو محمودة بحسب الأسباب المنشئة لها أو الدافعة عليها وفكرة الباعث والنية لهما تأثير كبير في سائر الأنظمة القانونية والدستورية وكان للفقه الإسلامي قصب السبق في تجسيد القواعد الفقهية الناجمة عنها في قاعدة مقررة هي أن الأمور بمقاصدها وأن الأعمال بالنيات[١] وعلى أساس هذا الفهم يمكن النظر إل محاولات الإصلاح بحسب مقاصدها ونيات القائمين عليها فإذا كان الهدف هو فعلاً وضع نظام لإصلاح المؤسسات الدستورية أم أن الهدف والغرض يكمن في وضع الأنظمة التي تكفل ترشيح السلطة لحزب أو شخص معين فعندئذ تصبح أفكار الإصلاح مجرد أوهام لن تتحقق على أرض الواقع وقد عرف قضاء القانون العام هذا الفهم حين ابتدع عيب الانحراف بالسلطة الإدارية ثم انطلق منه إلى عيب الانحراف في استعمال سلطة التشريع وهو ما يعنى أن يستهدف رجل الإدارة في الظاهر هدفاً عاماً صحيحاً وهو في الحقيقية يسعي إلى تحقيق هدف آخر بعيد عن الصالح العام وكذلك الأمر إذا خرج المشرع عن استهداف الصالح العام في القانون الذي يسنه واستهدف من هذا القانون الخروج على روح الدستور أو تجقيق أغراض خاصة قد تكون انتقامية أو تتنافي مع العمومية والتجريد الواجبة في التشريع[٢].

ولهذا سوف نعرض لإمكانات تطوير المؤسسات الدستورية في إطار واقعي وبافتراض أن الرغبة في هذا التطوير قائمة في نفوس المعنيين بالأمر ولن نغرق في حسن النية المفترض في هذه الحالة في إمكانية أن تكون هناك نية مجردة للإصلاح دون استفادة القائمين على الحكم من هذا الإصلاح خاصة

---

(١) أنظر رسالة حليمة أمين حمودى نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي دار الحداثة للطباعة والنشر بيروت سنة ١٩٨٦ ص ١٩.

(٢) أنظر رسالتنا عن الانحراف التشريعي دراسة تطبيقية في مصر سنة ١٩٨٨ ص ٢٥٠.

وأن النظام الديمقراطي المثالي يتطلب مناخاً عاماً سائداً في المجتمع ككل لإمكان تطبيق أفكار الديمقراطية المثالية في أرض الواقع.

وبالرغم من مزايا الديمقراطية الكثيرة فإن هناك ميزة واحدة تفوق كل هذه المزايا تجعل من الديمقراطية نظام الحكم الوحيد المقبول من كل شعوب العالم تلك الميزة هي كون الديمقراطية هي نظام الحرية. فكل حقوق الإنسان الحقوق المدنية والحقوق السياسية يمكن تلخيصها في كلمة واحدة هي الحرية هذه الكلمة تكون صيغة الديمقراطية الأكثر سهولة والأكثر اكتمالا لذلك تكون الديمقراطية إذن هي الشكل السياسي الوحيد الملائم للحرية ومن هنا فقد ارتبطت الديمقراطية بالحرية برباط لا انفصام فيه فالحرية لا يمكن أن تتحقق إلا في ظل النظام الديمقراطي بحيث يمكن القول بأنه لا حرية دون ديمقراطية ولا ديمقراطية دون حرية وإذا كانت الديمقراطية تعنى الحرية فإنها تعنى كذلك مشاركة الشعب في ممارسة السلطة من أجل تحقيق هدف الحرية وضمان مشاركة الشعب في ممارسة السلطة وعلى ذلك تقوم الديمقراطية على مقومات ثلاث هي السيادة الشعبية والحرية والمشاركة فالسيادة الشعبية هي جوهر الديمقراطية والحرية هي الهدف الديمقراطي والمشاركة هي وسيلة الديمقراطية[١].

أن الديمقراطية اليوم ضرورة من ضرورات العصر فهي مقوم ضروري لإنسان هذا العصر هذا الإنسان الذي لم يعد مجرد فرد من رعية بل هو مواطن يتحدد كيانه يحمله من الحقوق هي الحقوق الديمقراطية والتي في مقدمتها الحق في اختيار الحاكمين ومراقبتهم وعزلهم فضلاً عن حق الحرية حرية التفكير والتعبير والاجتماع وإنشاء الأحزاب والنقابات والجمعيات والحق في التعليم والعمل والمساواة فالمسألة الديمقراطية يجب أن ينطلق النظر إليها لا من إمكانية إرساء الممارسة الديمقراطية في هذا المجتمع أو ذاك بل من

---

(١) د. أنور رسلان الديمقراطية بين الفكر الفردي والفكر الإشتراكي دار النهضة العربية سنة ١٩٧١ ص ٧١.

ضرورة إرسال وإفراز آلياتها والعمل بوصفها الإطار الفردي لتمكين أفراد المجتمع من ممارسة حقوق المواطنة من جهة وتمكين الحاكمين من الشرعية التي تبرر سلطتهم وحكمهم فالشرعية الديمقراطية هي اليوم الشرعية الوحيدة التي لا بديل عنها[١].

وأخيراً فإن كل ما يمكن أن تقدمه الديمقراطية هو الإطار الشرعي والعملي والسلمي لمواجهة المشاكل وإيجاد أفضل الشروط لبلورة حلول عقلانية فهي لا تحل تلقائياً مسألة الصراع العقائدي ولا التناحر بين الطوائف ولا قضية التنمية ولا التفاوت في مستويات الداخل والمعيشة والمهم أن يستفاد من مناخ الديمقراطية وأطرها القانونية والسلمية لتحقيق تسويات اجتماعية وسياسية جديدة ومعبرة عن مصالح الجماعات بالعدل[٢].

وهذا الجانب الفلسفي للفكرة الديمقراطية يجب أن يكون ماثلاً في الأذهان عند الحديث عن الديمقراطية في نطاق النظام السياسي وسيتضح أثر هذا الجانب عند الحديث عن الجانب المعنوي في النظام الديمقراطي السياسي في أي دولة ذلك أن هذه الفكرة الفلسفية عن الديمقراطية عندما ننزل بها إلى أرض الواقع نجد أن لها جانبان الأول الجانب المادي الذي يمكن أن يجسد هذه الفكرة في صورة نصوص ومنظمات ومؤسسات على نحو يؤدي في النهاية إلى تطبيق هذه الفكرة الفلسفية عن الديمقراطية في أرض الواقع ومن خلال متابعة كل من الجانبين المادي والمعنوي منفردين أو مجتمعين يمكننا الحكم على النظام السائد في أي دولة بأنه نظام ديمقراطي أو غير ديمقراطي أو انه يأخذ ببعض مظاهر الديمقراطية دون بعضها الآخر.

---

(١) د. محمد عابد الجابري أشكالية الديمقراطية في المجتمع العربي مجلة المستقبل العربي العدد ١٩٩٣/٨/١٦٧ ص ١٣.

(٢) الديمقراطية وحقوق الإنسان العربي برهان غليون مجلة المستقبل العربي العدد ١٩٩٠/٥/١٣٥ ص ١٤٤.

والجانب المادي للفكرة الديمقراطية في إطار النظام السياسي يجب أن يترجم المقاييس التي وضعها الخبراء والفقهاء التي يجب أن يدور حولها التنظيم السياسي والتي من خلالها يمكن الحكم على نظام سياسي بما إذا كان ديمقراطياً أم لا ومنها أنه يجب أن يتمتع الشعب بالسلطة المطلقة بواسطة حقوق الانتخاب للراشدين على أن يكون لكل مواطن صوت واحد ويجب أن يكون هناك حزبان سياسيان كبيران على أقل تقدير لإعطاء فرصة لاختيار المرشحين في انتخابات نزيهة تجري في مواعيد تفصل بينها مدة معقولة ويجب أن يضمن المجتمع الحريات المدنية لكل عضو فيه وهي تشمل حرية القول والنشر بالإضافة إلى الحماية ضد الاعتقال والسجن دون محاكمة عادلة ويجب أن يكون ممكناً تغيير أي جزء من نظام الحكم بالأساليب السلمية بواسطة إجراءات متفق عليها وعلى الدولة أن تقيم توازناً بين القيادة الفعلية والانتقاد المسئول ولهذا يتحتم على الحكام أن يواجهوا دائماً معارضيهم في الهيئة التشريعية كما يجب أن يتمكن جميع المواطنين من اللجوء إلى قضاء مستقل(١) وهذه المعايير والمقاييس يجب أن تنصب من الناحية الواقعية في دستور يحكم النظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي في الدولة وباجتماع هذه المقاييس في الدستور يمكننا أن نطلق عليه الدستور الديمقراطي ذلك أن الدساتير في الواقع ليست إلا عملية صياغة قانونية لفكرة سياسية معينة استطاعت في صراعها مع الأفكار الاخري أن تؤكد انتصارها وصعودها إلى السلطة وتفرض من ثم اتجاهاتها وفلسفتها كقواعد عليا ملزمة ومن ثم فإن الدساتير حين تتبنى النظام القانوني لسلطة الدولة فإنها تؤكد كذلك سيطرة القوة السياسية الصاعدة كما ترسي الأسس اللازمة لكفالة عنصر الشرعية لهذه القوة وعليه فالدساتير ليست حتماً من مكاسب الديمقراطية والتاريخ زاخر بأمثلة الدساتير غير الديمقراطية ومنها دستور السنة الثامنة للثورة الفرنسية (دستور نابليون الأول) كما نذكر دستور نابليون الثالث سنة ١٨٥٢ فكلاهما يمثل قوة سياسية جديدة ناهضت الاتجاه الديمقراطي وقضت عليه وكذلك كانت كل الدساتير الحديثة ذات النزعة

---

(١) ليلى ليبون الحضارة الديمقراطية دار الآفاق الجديدة بيروت ص ١٦٠.

الديكتاتورية أو الفاشية أو القيصيرية كدستور البرتغال الصادر سنة ١٩٣٣ والدستور النمساوي سنة ١٩٣٤ والدستور الصادر سنة ١٩٣٥ وفي ضوء ذلك أمكن القول بفكرة الحياد السياسي للدساتير وهي تعني أن الدساتير تلعب دورها في تنظيم وظيفة الحكم أياً كان النظام السياسي القائم أي سواء سيطر المبدأ الديمقراطي أم لا[١].

والدستور الديمقراطي تفنن الفقهاء والخبراء في وضع تصور له يعكس الجانب الأكبر من الفكرة الفلسفية للديمقراطية وعليه فيجب أن يحقق هذا الدستور الديمقراطي المساواة في مجال الحقوق والواجبات بين بني الإنسان ويجب ألا يميز بينهم لاختلافهم في العنصر أو الدين أو اللغة أو الجنس أو العرق أو الثروة ويجب أن يحافظ هذا الدستور على صلة مناسبة ومستمرة بين الفئات الاجتماعية والهيكل الحكومي والسلطة السياسية ويحاول أن يوفر أجهزة حكومية ويقيم منهج يتفق عليه مسبقاً يمكن معه للرجال أن يتنافسوا في سبيل السلطة ولابد لدستور صالح أن يحظر بقبول الجميع وعلى الجميع أن يشعروا بأن لهم فرصة عادلة في ظله وبدون هذا الشعور ودون الحقائق اللازمة لدعمه يتعذر وجود الديمقراطية فالديمقراطية تتألف من مزيج من الظروف الاجتماعية المناسبة والمثل العليا التي تتحقق بواسطة النشاط الخلاف للحكومة[٢].

وتتحقق الديمقراطية الدستورية عندما تتوافر شروط قيامها ومن بين الشروط الهامة لقيام الديمقراطية الدستورية شرطان أولهما قبول مجتمعي لمبدأ المساواة السياسية بين المواطنين وثانيهما التوصل إلى صيغة دستور ديمقراطي يراعي اعتبارات مختلف الجماعات وشروط انخراطها في الممارسة الديمقراطية.

---

(١) د. طعيمة الجرف نظرية الدولة الأسس العامة للتنظيم السياسية القاهرة ١٩٦٤ ص ٣٤٤.

(٢) ليلى ليبسون الحضارة الديمقراطية المرجع السابق ص ٩٩.

والدستور الديمقراطي هو اليوم المؤسسة المركزية في نظام الحكم الديمقراطي تخضع الدولة لأحكامه وتحتكم جميع الأطراف إلى شرعيته وعلى مثل هذا الدستور أن يراعي ثلاثة أبعاد رئيسه في نظام الحكم الذي يقيمه أولها تقييد الممارسة الديمقراطية باعتبار أن قيام واستمرار وفاق مجتمعي كاف لتأسيس نظام حكم ديمقراطي مستقر وثانيهما تنظيم السلطات في الدولة وتحديد اختصاصات كل منها ووضع قيود تضمن أن تكون ممارسة السلطة وفق الاختصاصات الدستورية وثالثهما كفالة الحقوق والحريات العامة للأفراد والدستور الديمقراطي يجب أن يخضع لشرطين أساسيين أولهما أن يوضع الدستور من قبل جمعية تأسيسية منتخبة يتم بعد ذلك عرضه في استفتاء شعبي نزيه ليقره الشعب وثانيهما أن يقوم الدستور على مبادئ ديمقراطية يتم تجسيدها في مؤسسات دستورية ملزمة والمبادئ الديمقراطية التي يجب أن يؤسس عليها الدستور الديمقراطي هي تلك المبادئ العامة المشتركة التي يلاحظ وجودها بالضرورة في جميع نظم الحكم الديمقراطية المستقرة ومن مقتضاها أن يتم تقييد الممارسة الديمقراطية بخمسة مبادئ أولها مبدأ لا سيادة لفرد ولا لقلة على الشعب وثانيها مبدأ سيطرة أحكام القانون وثالثها مبدأ عدم الجمع بين السلطات ورابعها مبدأ ضمان الحقوق والحريات العامة وخامسها مبدأ تداول السلطة.

والدستور الديمقراطي ليس دستوراً مثالياً ولا هو نموذج موحد في جميع الدول الديمقراطية ولا يجوز أن يكون الدستور الديمقراطي مثالياً أو نظرياً بالرغم من ارتكازه على مبادئ ديمقراطية ومراعاته لتطورات الفقه الدستوري بل يجب أن يكون عقداً سياسياً يراعي الواقع ويأخذ في الاعتبار الضروريات التي يتطلبها تراضي الجماعة السياسية على دستور ديمقراطي فلكل مجتمع ظروفه الخاصة وأصوله الثقافية ولكل اتجاه فكري أو سياسي إشكالياته الفكرية ومعتقداته السياسية ولكل مرحلة من مراحل الممارسة الديمقراطية ظروفها الخاصة بها ومتطلباتها والدستور الديمقراطي يجب أن يراعي كل ذلك وأن يكون محصلة للتوافق على قواسم مشتركة والتراضي على اعتبارات وقيود معينة يتم التوصل إليها من خلال عملية تعارض سياسي مسئول بين القوي

المقتنعة بضرورة السيطرة على مصادر العنف والساعية إلى إدارة أوجه الاختلاف سلمياً وفق شرعية دستورية تحتكم إليها جميع الأطراف[١].

وأخيراً فإن من المتفق عليه أن الأنظمة السياسية أكثر الأنظمة القانونية اعتبارية وما يصلح لدولة قد لا يصلح لدولة أخرى وما يصلح لدولة معينة في زمن معين قد لا يصلح لذات الدولة في زمن أخر وعليه فيجب أن تراعي لدى وضع الأنظمة الدستورية وإصلاحها روح التطور والتدرج والاعتدال لا نزعة الطفرة فالأخذ بسنة التدرج إحدى صور روح الاعتدال[٢] ويجب أن نشير إلى أن الديمقراطية لها مستدعيات اقتصادية واجتماعية وبدونها لا يمكن أن تتنفس فهي نسق خاص لتنظيم العلاقات الإنسانية لهياكله السياسية والاقتصادية والاجتماعية تفترض هذه لوجودها درجة محددة من التطور المجتمعي وعليه فإنني أريد أن أؤكد على ضرورة الوصول إلى درجة تطور أو نضوج اقتصادي اجتماعي إلى حد معين من أجل تأسيس الديمقراطية مجتمعياً[٣].

وفي سبيل توضيح العلاقة بين الظواهر الاقتصادية والديمقراطية أبرز أحد كبار المفكرين أن هناك علاقة بين مستوى التنمية الاقتصادية ووجود السياسات الديمقراطية فمعظم البلدان الغنية بلدان ديمقراطية ومعظم البلدان الديمقراطية مع استثناء الهند هي بلدان غنية ويمكن القول أن الفقر أحد العقبات أو لعله العقبة الرئيسية أمام التطور الديمقراطي ويعتمد مستقبل الديمقراطية على مستقبل التنمية الاقتصادية والعقبات التي تحول دون التنمية الاقتصادية هي تحول دون اتساع نطاق الديمقراطية[٤].

---

(١) مفهوم الديمقراطية على خليفة الكواري مجلة المستقبل العربي العدد ١٦٨/٢/١٩٩٣ ص ٣٩.

(٢) د. عبد الحميد متولي – نظرات في أنظمة الحكم في الدولة النامية منشأة المعارف ١٩٨٥ ص ٥١٦.

(٣) د. بسام الطبي البناء الإقتصادي الإجتماعي للديمقراطية مؤلف أزمة الديمقراطية في الوطن العربي نوفمبر ١٩٨٤ ص ٧٤.

(٤) صامويل بنتجون الموجه الثالث للديمقراطية مجلة الديمقراطية الكتاب الثاني فبراير ١٩٩٢ ص ٣٠.

والجانب المعنوي الذاتي من الديمقراطية هو الجانب الذي يسميه بعض الخبراء روح الديمقراطية والذي يجب أن يكون سائداً بين مختلف أفراد الشعب وطوائفه حتى يتسنى للجانب المادي أن ينزل منزله التطبيق وبغير هذا الجانب المعنوي تغدو النصوص الدستورية الديمقراطية لا معني لها بل ويمكن أن تطبق أشد النصوص ديمقراطية بصورة تتنافي مع الفكرة الديمقراطية ذاتها وهذا الجانب المعنوي الذاتي عبر عنه أحد كبار المفكرين العرب بأنه يجب تأسيس الديمقراطية في الفكر العربي ذاته فإرادة الديمقراطية تتوقف على الوعي بضرورتها والوعي بضرورة الديمقراطية يتوقف قوة وضعفاً على مدى تأصيلها في الفكر والثقافة وفي المرجعية الحضارية بصورة عامة. فمعظم الذين يرفعون شعار الديمقراطية ويتحمسون له (في الوطن العربي) لا يصدرون جميعاً عن وعي عميق بضرورة الديمقراطية ولا بالتضحيات التي لابد منها لتحقيقها فهناك من يطالب بالديمقراطية فقط تحت ضغط الرغبة في التخلص من حكم القبيلة أو الطائفة أو الحزب الوحيد أو الحكم الفردي المستتر وراء الأحزاب الصورية والانتخابات غير الحرة ولا النزيهة وهناك من يطالب بالديمقراطية فقط لأنه في المعارضة ولكن دون أن يعني ذلك أنه مستعد لممارستها وهو في الحكم وهناك من يطالب بالديمقراطية وهو لا يفكر إلا في مظهر أو مظهرين من مظاهرها كاحترام حقوق الأقليات أو ضمان الحرية الاقتصادية وعليه فالديمقراطية مازالت في حاجة إلى تأسيس في الوعي العربي المعاصر(١).

وعليه فإن المسألة في النهاية مسألة تكوين فكري وثقافي وتكوين إنساني يشكل العقل والوجد أن البشري ومن خلال هذا التشكيل وهذا التكوين يخرج النتاج في شكل تصرف وأداء وفي شكل أنظمة حكم وأنظمة عمل.

---

(١) د. محمد عابد الجابري المسألة الديمقراطية والأوضاع الراهنة في الوطن العربي مجلة المستقبل العربي العدد ١٩٩٢/٣١٥٧ ص ١١.

فالديمقراطية لا تستطيع أن تتحقق كواقع سياسي أو كسلطة جماهيرية إلا إذا غرست في وعي الفرد وضميره وكانت موجودة في المجتمع كمجموعة من الأعراف والتقاليد والعادات فعملية تعميم الديمقراطية ليست مجرد توزيع أو تحديد بسيط للسلطات بين فريقين (الملك والشعب مثلاً) وإنما هي عملية إيجاد المشاعر مشاعر الإنسان نحو ذاته ونحو الآخرين والردود العكسية والموازين أي إكمال البناء النفسي التحتي الذي يعتبر الأساس الذاتي للديمقراطية(١).

وبهذا العرض لحالة الديمقراطية في الوطن العربي نستطيع أن نتبين بوضوح أن الإشكالية الرئيسية التي تمنع تأصيل الديمقراطية ونموها تقع في الجانب المعنوي من الديمقراطية، حقاً أن هناك قصوراً في بعض أجزاء الجانب المادي إلا أن الجانب المعنوي من الديمقراطية يبقي هو الإشكالية الحقيقية عند محاولة إيجاد الوسائل الكفيلة بتدعيم الديمقراطية في وجدان وضمير المواطن العربي فإيجاد الحلول والعلاج لنواحي الخلل والقصور في الجانب المادي أمر يسير جداً بالنسبة لوضع علاج لتخلف الجانب المعنوي . فما أيسر أن نضع نحن خبراء القانون دستوراً محكماً في أي بلد عربي يتضمن وسائل فعالة لحماية الحقوق والحريات ورقابة على دستورية القوانين وتنظيماً ديمقراطياً لتداول السلطة في هذا البلد العربي ولكن هذا التنظيم الدستوري الدقيق قد ينهار ـي لحظة إزاء وجود أول حاكم مستبد يسعي إلى تغييره ولن نجد حينئذ أي مقاومة شعبية أو أي استعداد لدي أي مؤسسة للدفاع عن هذا النظام وذلك في حالة غياب الجانب المعنوي اللازم لانطباق هذا النظام الدستوري الديمقراطي. فغياب الوعي بأهمية وضرورة المقومات الديمقراطية لدي الفرد في المجتمع مستعجلة لايعبأ بما نص عليه الدستور من حقوق مكفولة له وغياب ذات التأسيس الواعي لعناصر الديمقراطية سيجعل القاضي يطبق النصوص القانونية

---

(١) د. محمد المجذوب الديمقراطية في الدساتير العربية الراهنة مجلة قضايا عربية س ٦ العدد الثالث يوليو ١٩٧٩ ص ٧٨.

والدستورية تفسيراً يعصف بمقومات الديمقراطية وسيجعل البرلمان المنتخب انتخابا حراً على استعداد أن يعصف بالحريات في سبيل ترضية الحاكم.

ولقد أشرنا مراراً عند إعدادنا لرسالتنا لنيل درجة الدكتوراه(١). إلى مواطن الخلل والقصور في البناء والتنظيم السياسي في مصر وحاولنا وضع الحلول الممكنة لإصلاح هذا النظام في جانبه المادي فقط غير أننا مع ذلك أشرنا بوضوح إلى أهمية العنصر الذاتي والفردي في هذا الإصلاح.

وإذا كنا قد أشرنا في بحث لنا حول إشكاليات الديمقراطية(٢) إلى محاور عديدة لعلاج القصور في هذا الجانب المعنوي ومنها الاهتمام بترسيخ مبادئ الديمقراطية في التعليم. والتنشئة السياسية كما يتعين الاعتماد على دور وسائل الإعلام في تكوين الرأي العام ومن هنا يبلغ بنا المنحنى إلى حد تصور إمكان إنشاء هيئة من هيئات المجتمع المدني يكون لها الحفاظ على النظام الديمقراطي في سائر المؤسسات الأهلية كالأحزاب والأندية والجمعيات فالملاحظ أن هذه الجهات تفتقد لأبسط معايير النظام الديمقراطي وتتركز السلطات في يد الرئيس بصورة من شأنها هدم تغلغل أية أفكار ديمقراطية ترسخ مبدأ تداول السلطة وهو أمر يعد محوراً رئيسياً من محاور النظام الديمقراطي وعلى كل فهذه أماني وأحلام قد لا تجد لها في الوقت الحالي سنداً ومعيناً وعليه ننزل من هذا العالم الحالم إلى الواقع السائد في علاقات المؤسسات بعضها ببعض والإطار الذي ينظم هذه العلاقات ألا وهو الدستور.

---

(١) رسالتنا حول الانحراف التشريعي ص ٢٥٩.

(٢) أنظر بحث حول إشكاليات الديمقراطية في الفكر والواقع العربي مؤلفنا الدفوع في نطاق القانون العام ص ٤ ص ١١٥.

١- الدستور الحالي في مصر دستوري غير ديمقراطي ولكن تغييره غير وارد حالياً

يجسد الدستور المصري الحالي (دستور سنة ١٩٧١) المثال على ما بدأنا به هذا الحديث حول الغرض والنية والباعث حيث كان الدستور والذي وضعته لجنة شكلها السيد رئيس الجمهورية في ذهنها أن يكون الدستور معبراً عن الهيمنة الشديدة لرئيس الجمهورية على سائر السلطات والمؤسسات الدستورية. بل أن تصور واضعوا الدستور أنهم يقومون برسمه على شخصيه الرئيس الراحل أنور السادات ومن هنا تبدو أهمية عنصر النية والباعث والغرض الذي سبق أن أوضحناه أنه يجب عند وضع النظم الحاكمة في المجتمع أن توضع للصالح العام مجرداً وكان يجب أن يكون هناك توازن بين السلطات ولكن الواقع أنه ليس هناك في الدستور المصري سوي سلطة واحدة، هي كل الدستور وهناك هامش ضئيل للسلطة القضائية تم اختراقه من قبل رئيس الجمهورية أيضاً ومن تحليل سلطات الرئيس الواردة في هذا الدستوري تجد تجسيداً واضحاً لسيطرة الرئيس على سائر السلطات والمؤسسات.

فرئيس الدولة هو رئيس الجمهورية وهو الراعي للحدود بين السلطات والمسئول الأول عن الحفاظ على الوحدة الوطنية وسلامة الوطن وأداء مؤسسات الدولة لدورها الدستوري والمكاسب الاشتراكية[1] وتعطي المادة ١٢٧ من الدستور مثالاً واضحاً على معنى الحكم بين السلطات[2].

---

(١) المادة ٣٧ من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية والقوانين الأساسية المكملة له – الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ١٩٨٨ القاهرة.

(٢) تنص المادة ١٢٧ على أنه لمجلس الشعب أن يقرر بناء على طلب ١٠ % من أعضاء مسئولية رئيس مجلس الوزراء ويصدر القرار بأغلبية أعضاء المجلس ولا يجوز أن يصدر هذا القرار إلا بعد إستجواب موجه إلى الحكومة وبعد ثلاثة أيام على الأقل من تقديم الطلب، وفي حالة تقرير المسئولية بعد المجلس تقريراً إلى رئيس الجمهورية متضمناً عناصر الموضوع وما إنتهي إليه من رأي في هذا الشأن وأسبابه ولرئيس الجمهورية أن يرد التقرير إلى المجلس خلال عشرة أيام. فإذا عاد المجلس إلى إقراره من جديد جاز لرئيس الجمهورية أن يعرض موضوع النزاع بين المجلس والحكومة

ولرئيس الدولة أن يعين في مجلس الشعب عدداً لا يزيد عن عشرة أعضاء في مجلس الشعب وثلث أعضاء مجلس الشورى[١].

ولرئيس الدولة أن يدعو مجلس الشعب إلى الانعقاد ، ويفض دورته العادية ويدعوه إلى اجتماع غير عادي[٢] وله الحق في حل مجلسي الشعب والشورى عند الضرورة[٣].

ورئيس الجمهورية هو صاحب الحق في إصدار القوانين والاعتراض عليها سواء في الأحوال العادية أو الاستثنائية[٤].

ورئيس الجمهورية هو الذي يتولي السلطة التنفيذية[٥].

وهو الذي يضع السياسة العامة للدولة بمشاركة مجلس وزرائه[٦].

وهو الذي يعين رئيس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم ويعفيهم من مناصبهم[٧].

على الإستفتاء الشعبي ويجب أن يجري الإستفتاء خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإقرار الأخير للمجلس وتقف جلسات المجلس في هذه الحالة، فإذا جاءت نتيجة الإستفتاء مؤيدة للحكومة اعتبر المجلس منحلاً وإلا قبل رئيس الجمهورية وإستقالة الحكومة.

(١) المادة ٨٧ و ١٩٦ من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية والقوانين الأساسية المكملة له ــ الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ١٩٩٨ القاهرة .

(٢) المادة ١٠١ و ١٠٢ من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية والقوانين الأساسية المكملة له ــ الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ١٩٩٨ القاهرة.

(٣) المادة ٢٠٤ و ١٣٦ من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية والقوانين الأساسية المكملة له ــ الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ١٩٩٨ القاهرة.

(٤) المادة ١١٢ والمادة ١٤٧ من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية والقوانين الأساسية المكملة له ــ الهيئة العامة لشئون المطابع الاميرية ١٩٩٨ القاهرة، ويلاحظ أن تلك المادة تعطي لرئيس الجمهورية كل الصلاحيات الأساسية لمجلس الشعب.

(٥) المادة ١٣٧ من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية والقوانين الأساسية المكملة له ــ الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ١٩٩٨ القاهرة.

(٦) المادة ١٣٨ من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية والقوانين الأساسية المكملة له ــ الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ١٩٩٨ القاهرة.

(٧) المادة ١٤١ من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية والقوانين الأساسية المكملة له ــ الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ١٩٩٨ القاهرة.

وهو الذي يعلن حالة الطوارئ(١).

ورئيس الجمهورية هو رئيس المجلس الأعلى للهيئات القضائية الذي يقوم على شئونها(٢).

رئيس الجمهورية هو القائد الأعلى للقوات المسلحة وهو الذي يعلن الحروب ويبرم المعاهدات واتفاقيات الهدنة، فضلاً عن أنه رئيس مجلس الدفاع الوطني الذي يختص بالنظر في الشئون الخاصة بتأمين البلاد وسلامتها(٣).

رئيس الجمهورية هو رئيس هيئة الشرطة(٤).

ويلاحظ من العرض السابق مقدار ما يتمتع به رئيس الدولة الذي هو رأس السلطة التنفيذية من سلطات وصلاحيات حيث أنه يملك إصدار القوانين وإلغائها وهو الذي يضع السياسة العامة للدولة ومن المفترض أن تكون هذه وتلك من صلاحيات البرلمان، بل هو يملك اختيار عدد من أعضاء مجلس الشعب وثلث أعضاء مجلس الشورى فيشكل باختياره هذا تكتلاً سياسياً داخل المجلس يمكنه من لعب دور بداخله، وهو الحكم بين السلطات وهي إحدى صلاحيات السلطة القضائية فضلاً عن رئاسته للمجلس الأعلى المهيمن على الهيئات القضائية قاطبة.

وبرئاسته لهيئة الشرطة ومجلس الدفاع الوطني ومنصبه كقاعد أعلي للقوات المسلحة يملك رئيس الجمهورية قدرة فائقة على الحسم في مواجهة

---

(١) المادة ١٤٨ من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية والقوانين الأساسية المكملة له – الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ١٩٩٨ القاهرة.

(٢) المادة ١٧٣ من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية والقوانين الأساسية المكمّلة له – الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ١٩٩٨ القاهرة.

(٣) المادة ١٥٠ و ١٨٢ من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية والقوانين الأساسية المكملة له – الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ١٩٩٨ القاهرة.

(٤) المادة ١٨٤ من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية والقوانين الأساسية المكملة له – الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ١٩٩٨ القاهرة.

السلطتين التشريعية والقضائية حتى وإن شاركته الأولي بعضاً من سلطاته.

فالعلاقة الوثيقة بين القوات المسلحة ورئيس الدولة في المقام الأول والحكومة في المقام الثاني سمحت بتركيز أكبر لقدرات الحسم والنفوذ في يد رئيس الدولة وبالتالي في قمة السلطة التنفيذية، وبناء على ذلك يتصف نظام الحكم المصري بعدة صفات أساسية هي:-

١- وحدة شخص الرئيس في معظم مكونات نظام الحكم.

٢- نسبية استقلال السلطتين التشريعية والقضائية في مواجهة السلطة التنفيذية التي يرأسها رئيس الدولة.

٣- وجود مصادر مؤسسية للقوة خارج مثلث السلطات الثلاث[١] وهو الأمر الذي يظهر بوضوح بالنظر إلى الصلاحيات المعطاة لرئس الجمهورية في الدستور، حيث إنه من مجموع خمسة وخمسين مادة تتضمن صلاحيات أو سلطات في الدستور اختص رئيس الجمهورية وحدة بـ ٣٥ صلاحية وسلطة بنسبة ٦٣ % ، حين بلغت سلطات الوزراء وصلاحياتهم ٤ بنسبة ٢ % والسلطة القضائية ٤ صلاحيات بنسبة ٢ % والسلطة التشريعية بمجلسيها ١٤ سلطة وصلاحية بنسبة ٢٥ % والمدعى الاشتراكي سلطة واحدة وكذلك المجلس الأعلى للصحافة وله سلطة واحدة[٢] كما يلاحظ عدم إدراج عناصر النظام السياسي ضمن عناصر نظام الحكم، فقد استخدام الدستور مصطلح النظام السياسي مرة واحدة وفقط وذلك في الباب الأول في المادة الخامسة بمناسبة الحديث عن الأحزاب السياسية ونلاحظ في هذا النموذج عدداً من الملاحظات الأساسية وهي:-

---

(١) يمكن القول إن القواتالمسلحة وهيئة الشرطة بما تملكانه من تنظيم وتفوق نوعي وكمي تعد من وسائل الحسم السياسي في مصر وسوف يتضح ذلك أكثر عند مناقشة الدور المتزايد الذي تلعبه القوات المسلحة في الجبهة الداخلية.

(٢) يلاحظ أن بعض مواد الدستور تنطوي على سلطات أو صلاحيات لأكثر من جهة.

١- إن العلاقات بين السلطة التنفيذية والسلطة القضائية تختلف عنها بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية، فالسلطة التنفيذية تمارس نفوذاً مؤسسياً أعلي في مواجهة السلطة القضائية. ويظهر ذلك فيما يتمتع به كل من رئيس الجمهورية ووزيري العدل والداخلية من إمكانيات سلطوية في مواجهة القضاء[1]، أما بالنسبة للسلطة التشريعية، فيضمن تبعيتها من خلال السيطرة على الوسائل والأدوات التي توفر انتخاب أغلبية من المنتفعين من الجهاز التنفيذي، ويتم استخدام عدة وسائل في هذا الصدد وهي أ- إدارة الحكم المحلي ب- هيمنة حزب الدولة، ج- حماية السلطة التشريعية في مواجهة أحكام القضاء[2]. د- احتكار تنظيم الحياة السياسية من حيث أساليب الترشيح والانتخاب وممارسة الحقوق السياسية، وإقامة الأحزاب وغيرها.

٢- وفقاً للدستور فإن السلطة التشريعية تتمتع بسلطان ضئيلة في مواجهة السلطة التنفيذية، فمثلاً في المادة ١١٥ ينص الدستور على .. ولا يجوز لمجلس الشعب أن يعدل مشروع الموازنة إلا بموافقة الحكومة "والمجلس لا يقرر بيان الحكومة بل طبقاً لحرف الدستور في المادة ١٣٣ ويناقش مجلس الشعب هذا البرنامج، أما بالنسبة لمجلس الشورى، فيعين رئيس الجمهورية ثلث أعضائه، هذا بالإضافة إلى أن الحكومة غير مسئولة أمام المجلس، بل وفقاً لنص المادة ١٩٥ من الدستور يؤخذ رأيه، وليس له سلطة تقريرية.

وتعطي المادة ١٢٧ من الدستور صورة دقيقة للضعف المؤسسي للسلطة

---

(١) يمكن النظر إلى الطريقة التي تتعامل بها وزارة الداخلية – مثلاً – مع أحكام القضاء الصادرة بإلغاء القرارات الصادرة بإعتقال بعض الأشخاص كدليل على صحة ما نقول حيث تعمد الوزارة أولاً إلى الإعتراض على الحكم ثم بعد ذلك تقوم بنقل الضحية إلى أحد أقسام الشرطة وتعيد إعتقاله بقرار جديد – لمزيد من التفاصيل سجناء بلا محاكمة – تقرير المنظمة المصرية لحقوق الانسان حول ظاهرة الإعتقال المتكرر – القاهرة ١٩٩٦.

(٢) يعتبر الشعار الذي صكه المرحوم الدكتور رفعت المحجوب دليلا على ذلك وهو الشعار الذي يقول أن مجلس الشعب سيد قراره وبالتالي فإن من حقه عدم تنفيذ أحكام القضاء

التشريعية في مواجهة السلطة التنفيذية، وهي المادة الخاصة بتقرير مسئولية رئيس مجلس الوزراء التي لا تعتبر نافذة إلا بعد موافقة رئيس الجمهورية على ذلك، ولرئيس الجمهورية في حالة الرفض رد تقرير مجلس الشعب، هذا وإذا استمر مجلس الشعب على تأكيده بتقرير مسئولية رئس مجلس الوزراء، جاز لرئيس الجمهورية عرض الأمر على الاستفتاء الشعبي، وإذا جاءت نتيجة الاستفتاء مؤيدة للحكومة، اعتبر المجلس منحلاً، أما إذا أقر الاستفتاء ما ذهب إليه مجلس الشعب قبل رئيس الجمهورية استقالة الوزارة.

٣- رغم نص الدستور في المادة ١٦٥ صراحة على استقلال السلطة القضائية ، والمادة ١٦٦ على استقلال القضاء وعدم جواز تدخل أية سلطة في شئون العدالة، إلا أن هذا الاستقلال في كثير من الأحيان مقيد أو محكوم بعوامل واعتبارات عدة[١].

٤- أما بالنسبة للقوات المسحلة والشرطة فرغم أنها في الدستور ليسا جزءاً من السلطة التنفيذية وإنما هما من مكونات نظام الحكم فيها مندمجتان تماماً في وظائف السلطة التنفيذية.

على أنه من الغريب أن رئيس الجمهورية بصلاحياته وسلطاته تلك يظل دائماً بمنأى عن المساءلة السياسية أمام البرلمان أو القانون أمام المحاكم العادي، عدا حالة ارتكابه جريمة الخيانة العظمى والجرائم الجنائية الأخرى فقد نص الدستور على أن يصدر قرار الاتهام بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس وأن تتم محاكمة الرئيس أمام محكمة خاصة ينظمها القانون.

وتجدر الإشارة إلى أنه لم يصدر قانون بتنظيم محاكمة رئيس الجمهورية أو رئيس الوزراء أو الوزراء حتى الآن.

---

(١) سوف نناقش مدى إستقلال النظام القضائي في المبحث الثاني.

مما سبق يمكن القول أن النظام السياسي المصري هو نوع من الأنظمة المسخ غير المعروف أصولها القانوني فهي بعيدة تماما عن روح النظم البرلمانية حيث تبدو السلطة التشريعية فيه ضعيفة في مواجهة السلطة التنفيذية ويبدو رئيس الدولة في موقع أعلي من البرلمان ، كما أن هذا النظام نفسه ليس قريب الشبه من الأنظمة الرئاسية فضعف البرلمان إزاء سلطات الرئيس ووجود وزراء ومجلس وزراء يمثلون – ولو من الناحية النظرية – حزب الأغلبية يجعل من المستحيل القول بأن النظام المصري نظام رئاسي، ولكن يمكن القول أن النظام المصري أقرب إلى أن يكون نظاماً أبوياً – يحتل فيه الرئيس موقع رب العائلة المصرية وبحكم كونه كذلك فهو فوق الجميع(١).

وبالإضافة إلى هذه الهيمنة الشديدة لرئيس الجمهورية على سائر السلطات والمؤسسات فإن هناك مثالب عديدة يراها كثير من الفقهاء والمفكرين في دستور ١٩٧١ وعدم قدرة نصوصه على مسايرة العصر وآخر هذه المثالب وعوامل القصور أن الدستور لم ينص على وجوب تعيين نائب للرئيس بما أدي إلى عدم تعيين نائب للرئيس منذ عام ١٩٨١ وحتى الآن وأن النص الدستوري الخاص بالمدعى الاشتراكي يقتضي إعادة النظر كما أن طريقة اختيار رئيس الجمهورية ومدة رئاسة الجمهورية وتحديد عدد أعضاء مجلس الشعب وتشكيلة من فئة من العمال والفلاحين دون ضوابط أو قواعد صحيحة وواضحة وكذلك القصور الواضح في دور المجلس في إقرار الموازنة العامة أو الموافقة على الفروق وعدم وجود نصوص تقطع بمسئولية رئيس مجلس الوزراء أمام مجلس الشعب يجعلها عوامل ضعف في الدستور كما أن الدستور ليس به نص واضح

---

(١) ما جاء بالمتن هو نقلاً عن مؤلف باب على الصحراء الانتخابات البرلمانية المصرية ٢٠٠٠ د. جهاد عودة رنجاح البرعي وحافظ أبو سعده ص ٢٢ وأنظر في ذات الفهم في هيمنة السلطة التنفيذية د. جابر جاد الأداء التشريعي لمجلس الشعب دار النهضة العربية سنة ١٩٥٥ ص ١٩ ود. فاروق عبد البر دور مجلس الدولة في حماية الحقوق والحريات العامة ج ٣ ص ٨ و د. عمرو هاشم ربيع التعديل الدستوري على انتخابات الرئاسة مركز الدراسات السياسية سنة ٢٠٠٥ ص ١٥ وأنظر د. إبراهيم شحاتة وصيتي لبلادي مكتبة الأسرة سنة ٢٠٠٢ ص ٢٢.

لحماية البيئة ولا يتضمن تصور متعلق بحقوق المصريين المقيمين بالخارج ولا يشير الدستور بصورة كاملة لدور المجتمع المدني ولا يتكلم الدستور عن السياسة النقدية ومسئولية البنك المركزي[١] ومع هذه المثالب العديدة التي تصل إلى حد ضرورة وضع دستور جديد فإن المناخ السائد في المجتمع المصري الآن (عام ٢٠٠٦) لا يسمح بهذا الأمر فليس هناك استعداد لدي الحزب الحاكم في وضع آليات لترسيخ نظام ديمقراطي تتوازن فيه السلطات وكلنا رأينا ما حدث عند اقتراح السيد رئيس الجمهورية تعديل المادة ٧٦ من الدستور ومع رغبته التي أبلغ بها مجلس الشعب في وجود أكثر من مرشح للرئاسة خرج التعديل بصورة يستحيل أن يكون هناك مرشح للرئاسة لا ينتمي للحزب الحاكم وهو ما يوضح أن قوى الرجعية في الحزب أقوى بكثير من قوى الإصلاح فيه وعلى ضوء هذا الفهم ليس لنا إلا تصور تعديل الدستور بما لا يخل بالفلسفة والمثل العليا التي وضع الدستور من خلالها فالتعديل يجب ألا يمس المبادئ الأساسية في حماية حقوق الإنسان المصري والسياسة الاقتصادية والاجتماعية نقول هذا ونحن نسمع عن وجوب تعديل الدستور لإمكان وضع قانون لمكافحة الإرهاب. وهو أمر مقصود به المساس بالحقوق والحريات الواردة في الدستور حول مدة الحبس وضرورة العرض على قاضي التحقيق ولا يجوز الاحتجاز دون مبرر فكأن المطلوب من المصريين أن يقوموا بالتصويت على تقييد حقوقهم وحرياتهم دستورياً حتى نرفع حالة الطوارئ وبدلاً من أن تقيد الحقوق والحريات بقانون الطوارئ فإنها ستقيد بنص دستوري وهو أمر يوضح إلى أي مدى يمكن استخدام الوسائل الديمقراطية والشعبية في تقييد الحقوق والحريات ونعيد التذكير بأهمية النية والباعث في هذا الخصوص.

وإذا عدنا إلى نصوص الدستور الممكن تعديلها دون المساس بجوهره فيمكن تعديل المادة ٧٦ المعدلة على نحو يكفل وجود تنافس في خوض انتخابات الرئاسة وأن تقيد مدة الرئاسة بمدتين أو ثلاثة فقط وأن يتم انتخاب الرئيس ونائبه معاً وعلى الأقل أن يكون تعيين نائب للرئيس أمر واجب ولا يبقي معلقاً على سلطة الرئيس المطلقة.

---

(١) د. إبراهيم شحاتة المرجع السابق ص ٣٤٠ وما بعدها.

وهذه التعديلات في نظرنا لن تسبب إزعاجاً شديداً للحزب الحاكم وفي ذات الوقت لا تمس أفكار الدستور ومثله العليا وإذا أخذنا بهذا التطبيق يمكننا تناول إمكانيات إصلاح السلطة التشريعية ثم القضائية.

٢- السلطة التشريعية والأمل في إقامة مؤسسة لها حضور سياسي ودستوري قوي

إن إصلاح السلطة التشريعية هو المحور الأساسي لأي تنمية اقتصادية في المجتمع فبغير برلمان قوي ومعبر عن القوى السياسية في المجتمع لا تستقيم الحياة السياسية والدستورية وبالتالي الحياة الاقتصادية وتصبح التنمية مجرد سراب لا أثر له ومن هنا كان البرلمان هو الأمل في تطوير الحياة الاقتصادية في أي مجتمع وعلى ذلك يجب أولاً إصلاح الخلل في العملية الانتخابية التي تفرز أعضاء البرلمان وقبل ذلك يجب تحديد نظام الانتخاب من ناحية ونظام البرلمان نفسه من ناحية أخرى.

ولقد أوضح الفقهاء والباحثون في عديد من المؤلفات والمؤتمرات والندوات أن إصلاح البرلمان يبدأ من إصلاح القيد في الجداول الانتخابية ثم في الإشراف القضائي على عملية الترشيح وتنفيذ أحكام المحاكم في هذا الخصوص.وأخيراً في وجوب إتمام العملية الانتخابية تحت إشراف كامل من القضاء يبدأ بالإشراف على صناديق الاقتراع وينتهي بإعلان النتيجة(١) فالحلول لمشاكل تعبير نتيجة الانتخابات عن القوى السياسية في المجتمع موجودة ومعروفة ومستقرة ولا يأخذ بها الحزب الحاكم خشية تأثيرها على أغلبيته

---

(١) تناولت العديد من المؤلفات هذه الأوجه من الإصلاح أنظر مؤلفنا المفصل في شرح اختصاص مجلس الدولة سنة ٢٠٠٤ ج ١ ، ج ٤ وأنظر الإصلاح البرلماني أعمال المؤتمر المستوى الثاني للبرنامج البرلماني مجلة الاقتصاد والعلوم السياسية بإشراف أ. د. على الصاوي وأنظر جماعة تنمية الديمقراطية إصلاح النظام الانتخابي أوراق ومداولات مؤتمر إصلاح النظام الانتخابي في مصر ٢٣-٢٤ سبتمبر ١٩٩٧ د. عمرو هاشم ربيع مقال في مجلة الديمقراطية العدد الثالث حول إعداد جداول الانتخابات ص ١٦٩.

البرلمانية فكيف نتكلم عن إصلاح سياسي دون إصلاح نظام الانتخاب؟ أن النية الحسنة في إجراء إصلاحات سياسية إذا وجدت فكل مشاكل التمثيل النيابي سهلة الحل ولكن نرى اليوم تصادماً بين السلطة القضائية والنظام الحاكم لمجرد إعلان القضاء عن وجود تزوير شاب عملية الانتخابات التي تمت عام ٢٠٠٥ وهذه الانتخابات الأخيرة تدخل فيها الحزب الحاكم بقوة وبمختلف الوسائل في المرحلة الثالثة منها ليتمكن من الحصول على أغلبية ثلثي مقاعد البرلمان وعلى ذلك وبغير إرادة حقيقية في الإصلاح لن تجدي اقتراحات أو توصيات لأن طريق الإصلاح معروف ويكفي ما يتردد عن إدخال نصوص دستورية تجعل الإشراف على العملية الانتخابية في يد هيئة مستقلة شعبية تشكل من أشخاص محايدين وهذه قوله حق يراد بها باطل وإذا كان القضاة مع ما يتمتعون به من حصانة لم يستطيعوا منع تزوير الانتخابات والتدخل فيها فهل تستطيع هذه اللجنة عمل شيء؟ أن هذه الأفكار التي يتم طرحها كوسائل لاستبدال الرقابة القضائية الكاملة لتعبر في وضوح عن اتجاهات التغيير الدستوري القادم وتوضح مدى تراجع الأفكار الديمقراطية في هذا الخصوص[1].

وعلى كل وحتى تكون شهادتنا للتاريخ فإننا نشير إلى أن اتجاه النية إلى الإصلاح تستوجب أن تكون العملية الانتخابية تحت إشراف قضائي كامل وليس منقوصاً وتكون اللجنة العليا للانتخابات مشكلة تشكيلاً قضائياً بحتاً برئاسة أحد نواب رئيس محكمة النقض أو أحد نواب رئيس مجلس الدولة وأن تتولى اللجنة إدارة العملية الانتخابية كلها وتملك إلغاء العملية الانتخابية أو إلغاء فرز ما تراه من صناديق امتدت لها يد العبث ويكون قرارها خاضعاً للطعن أمام المحكمة الإدارية العليا من درجة واحدة وتكون الطعون الانتخابية جميعها من درجة

---

(١) يحذر المستشار طارق البشري من محاولات تعديل الدستور بما يمثل تكريسا لسلطة الحزب الحاكم كوضع نظام إنتخابات بالقائمة لا يراعي عدم وجود حرب لتكوين الأحزاب ويمنع المستقلين من خوض الإنتخابات بقائمة مستقلة وهو ما يمثل في نظره إنحرافا في سلطة تعديل الدستور – مقالته – الإنقلاب على الدستور – جريدة الكرامة عدد ٣٥ في ٢٠٠٦/٦/٦ ص ٣.

واحدة أمام دائرة خاصة بالمحكمة الإدارية العليا وإذا أريد إصلاحاً دستورياً حقيقياً يعهد المشرع الدستوري إلى المحكمة الدستورية العليا أو إلى أي دائرة خاصة بالمحكمة الإدارية العليا بالنظر في الطعون المتعلقة بصحة العضوية بدلاً من الوضع الحالي من اختصاص مجلس الشعب بذلك بعد تقرير تعده محكمة النقض فهذا إصلاح حقيقي يتعين إدخاله في الدستور والإصلاح الأكبر في نظرنا والممكن تحقيقه في ظل الدستور الحالي هو جعل مجلس الشورى بمثابة مجلس شيوخ حقيقي بسلطات برلمانية كاملة وتحديد شروط للعضوية تتعلق السن والمؤهل مختلفة عن شروط عضوية مجلس الشعب وتطبيق نظام تمثيل المهن والمصالح بهذا المجلس فتحدد نسبة ٢٠ % من مقاعد هذا المجلس تحجز لأشخاص منتخبين في طوائفهم ومهنهم يدخلون المجلس بقوة القانون كرؤساء النقابات العمالية والنقابات المهنية وعدد من أعضاء المجالس الملية الخاصة بالأخوة الأقباط وكذلك بعض أعضاء ممثلين منتخبين في المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ومجلس حقوق الإنسان وبعض عمداء كليات الحقوق وأخيراً بعض ممثلين منتخبين في الجمعيات الممثلة للمرأة في هذا التنظيم يتم خلق كيان ومؤسسة تشريعية حقيقية تتساند مع مجلس الشعب لإقامة نظام مؤسسي قوى والحاجة الدافعة لهذا المجلس واضحة فالدول الديمقراطية لا يخلو نظامها من وجود هذا المجلس الإضافي لمجلس النواب وسائر التجارب في النظم السياسية الدستورية أثبتت فعالية هذا المجلس وتكفي نظره واحدة على التحليلات التي تمت لأداء مجلس الشعب المصري لنتعرف على ضعف العملية التشريعية بل ونكاد نقول انهيارها حيث أصبح مجلس الشعب بأغلبيته الطاغية للحزب الحاكم وفي غيبة دور تشريعي واضح لمجلس الشورى بمثابة فرع للسلطة التنفيذية وأصبحت التشريعات تعدل بصورة سريعة غير متصورة أو مقبولة وأقرب أن تكون قرارات إدارية وليست قوانين يجب أن تتمتع بالثبات والاستقرار ونظرة إلى الدراسات المتخصصة لأداء البرلمان المصري نجد أن ما نقول به من عدم قيام مجلس الشعب بدوره التشريعي الصحيح هو أمر أجمع عليه الباحثون فذهبوا إلى أن التشريع في مصر يعاني من مشاكل عديدة تدور

حول ثلاثة محاور الأول يتعلق بالكم الهائل من التشريعات القائمة وما يترتب على ذلك من وقوع تناقض بينها وتكرار في بعض أحكامها وإدخال تعديلات جزئية عليها تزيد المشكلة تعقيداً لتبلغ ذروتها في إهدار قاعدة افتراض العلم بالقانون.

المحور الثاني هو غيبة الفلسفة المحددة للسياسات التشريعية التي تضع جزئيات التشريع مع كليات في منظومة متناغمة لا متنافرة وهو ما ترتب عليه الافتقار إلى وجود روح التشريع وتبعثر أحكامه في دوائر ينفصم كل منها عن الآخر.

المحور الثالث:- افتقار الأداء الفني لعملية صناعة التشريع إلى ما يتحقق لها به المستوى العلمي الذي يستجيب لمقتضيات العصر ولدور التشريع في أن يكون تنظيمه للعلاقات تنظيماً مقسماً لحركة القوى محل هذه العلاقات لا أن يكون قيداً تكبل حريتها(١) ويكفي أن نرى في عمل إحصائي أن هناك تشريعات عديدة قد عدلت قبل مضي عام من صدورها بل وجاء بعضها به تعديل بعد صدور القانون بيوم واحد ومنها بعد صدور القانون بأربعة أشهر(٢).

وهو ما يقطع بضرورة إنشاء مجلس للشيوخ بكامل الاختصاصات التشريعية وبتشكيل يضمن صدور التشريع متمتعاً بالاستقرار والثبات ومعبراً عن الإرادة الشعبية الصحيحة وتستكمل المنظومة عملها بمرور التشريعات قبل صدورها على قسم التشريع بمجلس الدولة حتى يظهر ما فيها من عيوب في البنية والصياغة ويبرز إمكانيات وجود نصوص مخالفة للدستور فيها على نحو يحقق الرقابة السابقة على التشريع تلافياً للحكم على القانون بعدم الدستورية مع

---

(١) المجلة الجنائية القومية المجلة التشريعية في مصر المجلد السابع والثلاثون العددان الأول والثاني مارس / يوليو ١٩٩٤ مؤسسات صناعة التشريع محمد فتحي نجيب ص ٧٧.

(٢) الواقع التشريعي في مصر أكاديمية البحث العلمي والتكنولوجيا مجلس العلوم الاجتماعية اللجنة القانونية عبدالمنعم حسني ص ٩٠ وما بعدها.

العلم بأن وزارة العدل عمدت إلى تهميش دور مجلس الدولة في هذا الخصوص بإنشاء إدارة للتشريع لديها وتغاضت عن دور قسم التشريع المحايد في إقامة نوع من الرقابة القانونية على التشريع من جهة محايدة وهو ما أدي بالقسم إلى رفع الشكوى بذلك للسيد رئيس الجمهورية[١]، ونكرر إذا أحسنت النوايا كان الإصلاح قريباً جداً أم ا إذا تدخلت المصالح الشخصية والحزبية فليس هناك ثمة أمل في إصلاح ، ولقد حاولنا البعد عن الإصلاح السياسي بمعناه الدقيق حيث يجب تقوية الأحزاب السياسية وإطلاق حرية تكوينها ومباشرتها لعملها والواقع الحالي ملئ بالقيود على الأحزاب على نحو أدي إلى انهيارها في المجتمع كما ظهر في نتيجة انتخابات عام ٢٠٠٥ وهذا أخطر ما يواجه النظام الديمقراطي حيث يفترض هذا النظام وجود حزبين كبيرين على الأقل لإتمام عملية البناء الديمقراطي وهو أمر مستحيل الحدوث في الوقت الحالي في ظل هيمنة الحزب الحاكم الشديدة على الحياة السياسية بصورة تمنع أي حزب من منافسته ما أدي إلى صعود هائل للقوى الدينية الممثلة في جماعات الأخوان بما يهدد النظام الديمقراطي نفسه فحيثما يكون الدين في المجتمع المصري محل اختيار ينحاز إليه الفرد المصري تلقائياً دون اعتبار لأي عامل آخر وهو ما يؤدي في النهاية إلى استبدال استبداد حزب ديني باستبداد الحزب الحاكم وهذا الأمر قد قمنا ببحثه سابقاً في مقال طويل لنا وليس هنا مجال لتناوله لأننا قصرنا الأمر على المؤسسات الدستورية في صورتها المادية[٢] وعلى كل فإن هذا الأمر يستوجب لتقوية الأحزاب إجراء نظام الانتخابات بالقائمة النسبية مع حفظ حق المستقلين في الترشيح في نسبة تحدد لذلك وهو أمر من شأنه تقوية الأحزاب السياسية كبداية لإصلاحها

---

(١) تقرير قسم التشريع بمجلس الدولة سنة ٢٠٠٤.

(٢) أنظر مقالنا الديمقراطية بين الواقع والمثال في المجتمع العربي مؤلفنا الدفوع في نطاق القانون العام ج ٤ ملحق الجزء.

٢- السلطة القضائية وضرورة الاستقلال والإصلاح معاً

لا ترجى أية عملية تنمية اقتصادية أو تطور سياسي واجتماعي دون وجود سلطة قضائية مستقلة ومنضبطة واستقلال السلطة القضائية هو حجر الأساس في النظام الديمقراطي ذلك أن مبدأ الفصل بين السلطات أصبحت له قيمة تاريخية فقط حيث كانت السلطة القضائية تعد جزءاً من السلطة التنفيذية وهدفت النظم السياسية إلى استقلال السلطة التنفيذية عن التشريعية لإعلان شأن البرلمان في علاقته بالسلطة التنفيذية وبانتهاء هذا التطور أصبح المبدأ المستقر من الديمقراطيات الحديثة هو استقلال السلطة القضائية ويعتبر هذا الاستقلال لن يتسنى جذب رؤوس الأموال اللازمة للتنمية كما تنهار أسس ومقومات المجتمع الديمقراطي، فلنا أن نتصور مرجعية لعمل سائر السلطات لا تتمتع بالحياد بل وصدور أحكام قضائية لا تقوم الدولة بتنفيذها فهنا يبدو انهيار الحكم وشيكاً والاستقلال المطلوب للسلطة القضائية هو استقلال ليس فقط عن السلطة التنفيذية ولكن عن السلطة التشريعية فأكثر ما تكون مناطق التدخل في أعمال السلطة القضائية هو من عمل المشرع وهو ما أدي إلى وجود دراسات متخصصة في الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية[1] ومبدأ استقلال هذه السلطة لعين أن تكون المناصب القضائية العليا هي من اختيار القضاة أنفسهم وبصورة تلقائية من الجمعيات العمومية للمحاكم أو الهيئات المشكلة لإدارة كل سلطة ومن بين أهم هذه السلطات الواجب أن تتمتع بالاستقلال في اختيارها منصب النائب العام وإذا كان استقلال السلطة القضائية عن السلطتين التنفيذية والتشريعية أمراً يمكن استظهار مختلف جوانبه وتحقيقه إلا أن هناك جانبا فنيا آخر في إصلاح السلطة القضائية واجب الإعمال ألا وهو وضع أسس لانضباط هذه السلطة.

---

(١) أنظر دراسة بهذا العنوان للدكتور عادل الطبطبائي من مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت سنة ٢٠٠٠ ص ١٠٤.

فالوضع القضائي في مصر يفرز وجود ثلاثة محاكم عليا المحكمة الدستورية وتختص بالنظر في دستورية القوانين واللوائح وفض التنازع الإيجابي والسلبي بين القضاء العادي والإداري وإصدار التفسيرات التشريعية متى طلب منها ذلك وهناك محكمة النقض على رأس جهات القضاء العادي والمحكمة الإدارية العليا على رأس القضاء الإداري وفي الحقيقة هناك مشكلات فنية تتعلق بتنفيذ الأحكام القضائية من ناحية ووجود تنازع بين هذه الجهات وبعضها البعض من ناحية أخري وسنكتفي بعرض بعض المشكلات التي تتعلق بعمل المحكمة الدستورية العليا والمتصلة بعمل المحكمتين الآخرتين حيث أشرنا في أكثر من مؤلف متخصص لنا[1] أن المحكمة الدستورية العليا يعين رئيسها بقرار من رئيس الجمهورية دون ثمة قيود عليه في هذا الخصوص ولقد كان العرف السائد لمدة تقارب عشرين عاماً من إنشاء المحكمة أن يتم اختيار رئيسها من بين أقدم أعضائها ومنح هذا العرف قوة للمحكمة وأكسبها مكانة عظيمة في المجتمع المصري ثم تنبه أعداء الإصلاح وأنصار ترسيخ السلطة المطلقة لرئيس المحكمة إلى أهمية هذا النصب ومدى الحاجة إلى تحجيم دور المحكمة فبدأ تعيين رئيس لها من غير أعضائها فانعكس ذلك على مكانة المحكمة[2] ليس فقط بين المشتغلين بالقانون بل وبين المحكمتين العليتان الآخريان محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا.

فإذا أضفنا إلى سلطة رئيس الجمهورية المطلقة في تعيين من يراه رئيساً للمحكمة وسلطته الأخرى في تعيين الأعضاء وعدم تحديد أعضاء المحكمة الدستورية العليا لتبين لنا بوضوح كيف يمكن أن تصدر الأحكام في أعلي المحاكم في النظام المصري من سبعة أعضاء في محكمة عدد أعضائها يزيد عن خمسة عشر عضواً ودون تقسيم داخلي لدوائر في المحكمة أي أنه يكفي

---

(١) أنظر مؤلفنا الدفوع في نطاق القانون العام ج ٤ إشكاليات القضاء الدستوري ص ٢١٥.

(٢) أنظر ذلك الأمر د. فاروق عبدالبر دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الحقوق والحريات العامة دار النهضة سنة ٢٠٠٤ ص ٢٢٢ ومؤلف د. ثروت عبد العال السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا دار النهضة سنة ٢٠٠٤ ص ١٨٥.

لصدور الحكم أن يحصل الرئيس على موافقة ستة من أعضاء المحكمة ذات العدد الكبير ليصدر الحكم ومن هنا كانت ضرورة حتمية لتحديد عدد أعضاء المحكمة دون إمكان زيادة العدد ومثلها مثل سائر المحاكم الدستورية وسائر دول العالم ونجم عن هذا التدخل في عمل المحكمة والتأثير على مكانتها إن خرجت المحكمتان العليتان عن موجبات الخضوع لقضاء هذه المحكمة العليا فصدرت أحكام مخالفة لاتجاهات وأحكام المحكمة الدستورية العليا فهناك أحكام صدرت من محكمة النقض إنتهت موضوعاً إلى تجاهل الدفع بعدم دستورية قانون وأصدرت حكماً في الموضوع وارتأت إلى عدم دستورية النص المطبق وهناك أحكام صدرت من المحكمة الدستورية العليا قضت بعدم الاعتداد بأحكام صادرة من محكمة النقض ومن المحكمة الإدارية العليا.

وترتب على ذلك صدور أحكام من محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا بتجاهل أحكام المحكمة الدستورية في منازعات التنفيذ وفي خصوص الحجية المطلقة لأحكام المحكمة[١] وهي أمور تمثل قمة الخطورة وهذا التنازع حيث أصبحت الفوضى ناجمة عن تنازع قضائي وليس هناك من حل لهذا الأمر سوي تدخل تشريعي ينظم هذه المسائل ويعيد التوازن بين هذه المحاكم وأخيراً فإن حسن اختيار القضاة وتدريبهم والحفاظ على تطوير ثقافتهم القانونية هو أمر يصب في النهاية في صالح المجتمع ككل حيث تصبح السلطة القضائية في موقعها الجدير بالاحترام بين سائر المؤسسات في المجتمع.

---

(١) أنظر د. ثروت عبدالعال المرجع السابق السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا ص ٢٠٠ وأنظر مؤلفنا الدفوع في نطاق القانون العام ج ٤ ص ٥٤٠.

ملحق الجزء الثاني

العوامل المؤثرة في عمل القاضي الدستوري

العوامل المؤثرة في عمل القاضي الدستوري(١)

القاضي الدستوري شأنه شأن أي قاضي أخر يحيط به اعتبارات وعوامل واقعية وعملية مرتبطة بالمناخ الذي يعمل في ظله وتؤثر هذه العوامل على القاضي في إصداره لأحكامه وتتدخل هذه العوامل بعضها ببعض حتى أنه لا يمكن الفصل بينها في كثير من الأحيان، ومن أهم هذه العوامل الموضوعية هي الطريقة السائدة في الواقع القانوني في تفسير النصوص والتي ترتبط بالثقافة القانونية السائدة في المجتمع القانوني بصفة عامة وفي القضاء بصفة خاصة، غير أن طبيعة الرقابة القضائية التي تتدخل فيها عوامل سياسية واقتصادية واجتماعية تجعل تأثير العوامل الشخصية واضحاً جلياً في عمل المحكمة.

---

(١) أنظر الإعتبارات العملية والواقعية التي تحيط بقاضي القانون العام القاضي الإداري والدستوري مؤلفنا الدفوع في نطاق القانون العام حيث أشرنا بإستفاضة إلى هذه العوامل إلى الحلول التي نرى ضرورتها لوضع إطار لعمل القاضي الدستوري والإداري.

المبحث الأول
اعتبارات شخصية وعملية

تقصد بها تلك العوامل الناتجة عن تحليل مسلك القضاء الشخصي في إصدار الأحكام من ناحية وكذلك اعتبارات عمل القاضي من الناحية النظرية والمنطقية والعقلية من جهة أخري.

ومن العوامل التي رصدها أحد الباحثين(١) نقلاً وتدعيماً لرأي أحد كبار الفقهاء من العوامل المؤثرة في إصدار الحكم الدستوري في أمريكا أن أهم هذه العوامل في طريقة التفسير الدستوري التي تنتهجها أغلبية المحكمة وكذلك قيم القضاة الشخصية والبيئة المحيطة بالمحكمة وكذلك دور رئيس المحكمة وطبيعة العلاقة بين قضاة المحكمة.

وإذا كانت عوامل التفسير في نظرنا هي اعتبارات موضوعية يقوم بها أي قاضي سواء كان قاضياً مدنياً أو إدارياً أو دستورياً فإن العوامل الشخصية لها اعتبار كبير لدينا في تحليلنا لطبيعة وبنية الحكم الدستوري وسوف نجد تبايناً في القضاء الدستوري حيال الأخذ بأي من مذاهب التفسير كأن يرجح القضاء الدستوري تفسير النص طبقاً للعقد الأصلي لواضعي الدستور أو يرجح جانب آخر تفسير النص بمراعاة هدف النص الدستوري وقت تطبيقه وهناك فارق كبير بين الاتجاهين يظهر جلياً في الحكم الصادر غير أن العوامل الشخصية هي التي توجه القضاء الدستوري تجاه هذا الاتجاه أو ذاك وفقاً لقيم القضاء الشخصية فمن المقرر أنه:-

نظراً لأن قضاة المحكمة العليا عادة لا رغبة لهم في الوصول لمناصب سياسية ولأن مناصبهم دائمة ومن ثم لا يخضعون لمبدأ المسئولية الانتخابية،

---

(١) د. هشام محمد فوزي رسالته رقابة دستورية القوانين دراسة مقارنة في أمريكا ومصر وتقديم لرأي وبحث د. أحمد كمال أبو المجد في رسالته عن رقابة دستورية القوانين في مصر والولايات المتحدة.

ولأن أحكام المحكمة نهائية، فإن الوسائل الفنية في التفسير والتي يستخدمها قضاة المحكمة للوصول إلى قضاء لا ينال من حقيقة أن الأمر مرجعه إلي القيم الشخصية التي يؤمنون بها، وذلك في إطار من تقدير وقائع القضية، وما تلك الوسائل والطرق إلا من قبيل الفنيات التي يصوغ بها القضاء قيمهم الشخصية، أو على أقل تقدير فإن القضاة ينتمون إلى طريق أو وسيلة من الوسائل استنادا إلي قيمهم الشخصية .

وفي أي من الحالتين يظهر جلياً أن قيم القضاة الشخصية هي الأساس في تحديد الحكم الذي تصدره المحكمة وهي تتأثر كثيراً بالمذهب الديني فقد يفسر رأي القاضي في بعض الأحيان بالنظر لأنه كاثوليكي.

ويلاحظ وكما قال بنيامين كاردوزو والذي أصبح بعد ذلك عضواً بالمحكمة أنه "داخل كل منا نهر من الميول ، سواء سميتها فلسفة أم لا، وهي تعطيه التماسك والاتجاه في التفكير والفعل، والقضاة لا يهربون من هذا التيار أكثر من أي شخص آخر. ويمكن تقسيم الاتجاه الفكري لقاضي المحكمة العليا إلى قسمين: قسم متحفظ وآخر متحرر. ومعظم المواضيع التي تشملها القضايا الدستورية تشمل نزاعاً بين أوضاع المتحفظين والمتحررين ويمكن تقسيمها لثلاث مجموعات:-

الأولي:- وتسمي مجموعة الحرية مثل مسائل الحريات المدنية والتي تشمل الحقوق الإجرائية مثل حق المتهم الجنائي، والحقوق الموضوعية مثل حرية التعبير وحرية الديانة، ويلاحظ أن الموقف المتحرر مع هذه الحقوق والموقف المتحفظ يعطي وزناً أكبر نسبياً للقيم التي تتنافس مع هذه الحقوق مثل القدرة على مكافحة الإجرام بجدارة.

الثانية:- يطلق عليها مجموعة المساواة وهي تشمل المواضيع المتعلقة بالإدعاء بوجود معاملات فيها تميز وتفرقة وينطبق عليها التعديل الرابع عشر للدستور، ويميل موقف الأحرار لمساندة هذه الإدعاءات بينما يميل المتحفظون إلى تقليل التعاطف معها.

الثالثة:- وتسمي مجموعة المعاملة الجديدة "new desalism" ويمكن أن نطلق عليها أيضاً مجموعة التنظيم الاقتصادي وتشمل هذه المجموعة المسائل المتعلقة بالتنظيمات الاقتصادية الحكومية ويلاحظ أن الموقف المتحرر تجاهها قد يكون معقداً بعض الشيء إذ يميل لتأييد التشريعات التنظيمية التي في صالح العمال دون أصحاب الأعمال بينما يميل الموقف المتحفظ إلى معارضتها.

ويحدث بالطبع أن تتواجد قضايا لا علاقة لها بالمجاميع السالفة مثل النزاع بين الولايات على حقوق المياه، كما يحدث أن يكون هناك نزاع بين قيمتين متحررتين مثل النزاع بين حرية الصحافة وحق المتهم الجنائي في محاكمة عادلة.

هذا ويمكن أن يحدث تغيير في وجهة نظر المحكمة أو أغلبيتها تجاه موضوع معين، والعادة أن القاضي يكون لديه ثبوت في تفكيره. ويحدث أحياناً أن مركز القاضي داخل المحكمة يتغير للتحول في ثقل المركز الأيديولوجي للمحكمة، فالقاضي سيتورات على سبيل المثال اتجه ناحية الجانب المتحرر للمحكمة، ويرجع ذلك أساساً إلى أن التعيينات الجديدة ككل في السبعينات حركت المحكمة تجاه الجانب المتحفظ.

لكن قد يحدث التغيير في أراء القاضي نفسه بمضي الزمن ومثال ذلك القاضي "هاري بالكمان" والذي عينه الرئيس نيكسون سنة ١٩٧٠ حيث تحالف في البداية مع القضاة المتحفظين، وكان صديقاً لرئيس القضاة "بيرجر" نظراً لنشأتهما المشتركة بمينسوتا حيث كان يطلق عليها توءم مينسوتا . ولكن تدريجياً تحرك تجاه وسط المحكمة وأصبح يتفق مع القاضي المتحرر برينن أكثر مما كان يتفق مع بيرجر ولما سئل عن ذلك أشار إلى أنه قد أصبح هناك هدف شخصي له، وهو أن يمنع المحكمة من الإنغراس السريع تجاه اليمين المتحفظ وأنه من الطبيعي أن يحدث التغيير في المواقف ، إذ إن الإنسان ينضج بمضي السنين. ومعني ذلك وحسب استنتاج أحد المراقبين أنه يرفض القاعدة التي تقرر استقرار الموقف الإيديولوجي للقاضي.

والأكثر شيوعا من التحول الأيديولوجي الشخصي هو التحول في وجهات نظر القضاة كمجموعة تجاه مسائل محددة بتأثير من الظروف الخارجية، فمثلاً عندما بدأت الحرب الباردة من الإتحاد السوفيتي في أواخر الأربعينات فقد أدي ذلك إلى أن كثير من الأمريكان قد أصبحوا ينظرون إلى الحزب الشيوعي بصفته يمثل تهديداً للأمن القومي، وتأثر غالبية قضاة المحكمة العليا بذلك وشاركوا وجهة النظر هذه وعلى أثر ذاك أيدوا الإدانة الجنائية لقادة الحزب الشيوعي في قضية (Dennis v. United States).

ويماثل ذلك أن نمو حركة مساندة حقوق المواطنين السود في الخمسينات والستينات قد أدي لزيادة المساندة الشعبية لتلك الحقوق وتعاطف معظم القضاة بالمحكمة العليا وعلى إثره ألغت المحكمة إدانة متظاهري الحقوق المدنية الذين تم القبض عليهم.

ويمكن أن نضرب مثالاً ثالثاً – أقدم زمنياً من سلفيه – ويوضح الأمر بصورة أكبر، إذ يبين منه أن مجرد زوال الظروف البيئية المحيطة تؤدي إلى عودة القضاء إلى سابق عهدهم.

ويظهر ذلك جلياً في قضية Gobitis والتي تلخص في أن المذكور كان يهودي الديانة، وقام بتربية ولديه على ركيزة من الرفض لفكرة تقديس الأصنام، ومن ثم فقد رأي أن تعليمات مجلس مدرسة طفليه بتحية العلم مخالفة لديانتهم.

ولما امتنع الطفلان عن تحية العلم تنفيذاً لأمر أبيهم، فصلتهما المدرسة، وقد رفع الأب دعوي ضد مجلس المدرسة متهماً إياه بأن تعليماته تنتهك التعديل الأول والذي يحمي حرية الدين، وقد كسب Gobities أمام المحاكم الدنيا، وأمام المحكمة العليا كان الوقت حرجاً وحساساً، إذ كان ذلك سنة ١٩٤٠ في وقت كان هتلر فيه قد غزا أجزاء كبيرة من أوربا وعلى وشك غزو إنجلترا وكان هناك خشية أن يغزو أمريكا ذاتها.

وهكذا ظهرت الحاجة الشديدة لدعم الوطنية في الولايات المتحدة الأمريكية ولو على حساب حرية الدين، لذا ذهبت أغلبية المحكمة المكونة من ثمانية إلى أن تعليمات مجلس المدرسة محل الطعن لا تنتهك الحرية الدينية، ولم يعترض على هذا الحكم سوي القاضي ستون.

وبعد عامين وبتأثير زوال احتمال غزو أمريكا من قبل هتلر ، زال إلى حد كبير الظروف البيئية المؤثرة على موقف القضاة، فعدل عن موقفه كل من القضاة بلاك وميرفي ودوجلاس، وأكدوا أن حرية الديانة يجب أن تكون لها الأولوية.

وبعد ذلك بسنة ولما أصبحت هزيمة هتلر وشيكة عدلت المحكمة عن سابقة Gobities.

ويمكن أن نضرب مثالاً رابعاً لتأثير العوامل البيئية على قضاة المحكمة بأن نمو حركة حقوق المرأة والمطالبة بمساواتها بالرجل في السبعينات عنها في الستينات قد جعل القضاة المتحفظين في السبعينات أكثر تعاطفاً مع تلك الحقوق عن القضاة المتحفظين والمتحررين أيضاً في الستينات، رغم أنه من المفترض أن القضاة المتحفظين قليلو التعاطف مع تلك الحقوق.

ويحدث التغيير في موقف المحكمة أيضاً بتأثير من التعيينات الجديدة بها حيث يؤدي ذلك إلى وجود قضاة ذوي ميول مختلفة عن سابقيهم مما يؤدي إلى التغيير في كثير من الأحيان. وتاريخ المحكمة العليا منذ الخمسينات يظهر هذا الأمر، فمحكمة وارن حال بدايتها كانت مقسمة بين المتحررين والمتحفظين وفي الفترة من ١٩٥٨ حتى ١٩٦١ كان هناك أربعة قضاة متحررون وخمسة متحفظون ولكن تحفظهم بمقارنة التحفظ في العشرينات يعتبر معتدلاً.

وفي سنة ١٩٦٢ أحدث الرئيس كيندي تعيينين بالمحكمة فقد عين المعتدل يرون ويت محل المتحفظ ويتكر وعين المتحرر أرثر جولدبرج محل فيلكس فرانكفورتر، ولا شك أنه في محكمة منقسمة انقساما يكاد يكون متكافئاً فإن

التعينين سالفي الذكر يغيرا من الأمر. وقد تعزز ذلك بتعيين "ثيرجودمارشال" في سنة ١٩٦٧ ليحل محل توم كلارك وقد سبق ذلك سنة ١٩٦٥ تعيين أبي فورتاس بدلاً من جولدبرج، وعلى أثر ذلك فقد أصبحت الفترة من ١٩٦٢ إلى ١٩٦٩ أكثر فترات المحكمة تحرراً.

وفي الفترة من ١٩٦٩ إلى ١٩٧١ استطاع الرئيس نيكسون بأربعة تعيينات جديدة أن يعيد المحكمة إلي الاتجاه المتحفظ من جديد.

هذا وبجانب اتجاه القاضي المتحفظ أو المتحرر والذي يؤثر على قراره فإن هناك مسألة يختلف فيها القضاء وتسبق اتجاههم وهي موقف القاضي من النشاط القضائي، بمعني أن القضاة قد يختلفون في نظرتهم للمحكمة العليا ودورها فقد يميل القاضي إلى النشاط القضائي وقد يوجد آخر يميل إلى فكرة التقيد القضائي وإحجام المحكمة عن التدخل ولنعرض مثلاً لتوضيح الأمر.

ذات مرة سئل القاضي هولمز عن العدالة فأجاب بأنها ليست وظيفته وإنما وظيفته أن يلعب اللعبة حسب قواعدها، بينما في موقف مشابه لمعت عينا القاضي بلاك وطارت يده اليمني وأكد أن دوره الأساسي هو أن يقر العدالة.

وقد يكون القاضي متحفظاً أو متحرراً ورغم ذلك مع أو ضد النشاط القضائي.

ففي العشرينات وأوائل الثلاثينات كانت المحكمة تلغي التشريعات الاقتصادية الحكومية بتأثير من القضاة المتحفظين الذين أمنوا بضرورة تدخل المحكمة في هذه المجالات، بينما كان المتحررون ضد هذا التدخل ومع سياسة العوائق القضائية، وبعد ذلك انعكس الحال منذ الأربعينيات حيث كان النشاط القضائي مؤيداً للحريات المدنية وضد التشريعات المناهضة ولذلك وبتأثير من إيمان الأحرار بالأمر بينما كان المتحفظون معارضين ومع سياسة العوائق والإحجام القضائي عن التدخل(١).

---

(١) د. هشام فوزي المرجع السابق ص ٢٦٢ ، ود. أحمد كمال أبو المجد المرجع السابق ص ٨٨.

وبخصوص البيئة المحيطة بالمحكمة فإن ذلك العامل له تأثير محدود على المحكمة بالنظر لأن المحكمة العليا تتميز بتمتع أعضائها بالعضوية بها مدي الحياة، ومن ثم فهي تختلف عن البرلمان والرئيس الذين يتم انتخابهما، ولكن لما سئل القاضي (هارولد بيترون) عن شعوره لما انتقل من الكونجرس للمحكمة العليا أجاب أنه نفس الإحساس الذي يشعر به المرء لما ينتقل من السيرك إلى الدير.

وانعزال المحكمة وسموها يرجع أيضاً إلى وجود قيود رسمية وعملية تمنع من نشاط جماعات المصالح تجاهها إضافة إلى كونها الجهة القضائية العليا ومن ثم لا تراجعها محكمة أخري.

ورغم التأثر المحدود بالبيئة المحيطة فسوف نعطي نبذة عن تأثير عوامل تلك البيئة هي:-

(أ) الرأي العام:- إن للرأي العام بالطبع تأثيراً على المشرع بحسبان أن أعضاء الكونجرس يريدون ضمان إعادة انتخابهم والتقدم السياسي إضافة لشعورهم ببعض المسئولية في تمثيل وجهة نظر الأحزاب الممثلين لها، لكن بالنسبة للمحكمة العليا فإن قضاتها لا يعتمدون على الرأي العام ولكن يحتفظوا بأماكنهم وقليل منهم لديه الاهتمام بمناصب أخري بالإضافة إلى أن المحكمة ليست جهة تمثيل، وعليه نجد أن هناك دوراً محدوداً للرأي العام على المحكمة ونجدها تتبني أحياناً سياسات غير شعبية بالمرة مثل أحكامها بتحريم الصلوات المنتظمة في المدارس العامة وكذا مساندة المحكمة للمتهمين الجنائيين وبالأخص في الستينات.

ومع ذلك قد يكون للرأي العام بعض التأثير على المحكمة وذلك للشعور السائد لدي القضاة بأنه كلما رأي الناس بالمحكمة بصورة صالحة كلما كان الاحتمال الأكبر أن يتمشوا مع سياستها.

ولعل ذلك الاهتمام كان له دور حقيقي فيما قررته المحكمة في قضية براون ضد مجلس التعليم حيث وضعت المحكمة جدولاً تدريجياً لمنع التفرقة العنصرية في المدارس بدلاً من أن تضع إجراء فورياً، وهذه المرونة من المحكمة كانت بناء على حسابات اتخذت وتوصلت لأن تلك المرونة مطلوبة للحصول على موافقة الجنوبيين على المبدأ العام لمنع التفرقة العنصرية وذلك رغبة في ضمان مساندة الرأي العام للمحكمة، بل أن المحكمة مراعاة منها للرأي العام ورغبة منها في اكتسابه وفرض هيبتها عليه تتعمد أن تسند كتابة بعض أحكامها الهامة لرئيس القضاة، مثلما حدث في قضية براون سنة ١٩٥٤ وقضية الولايات المتحدة ضد نيكسون سنة ١٩٧٤.

ويحدث في حالات قليلة أن نجد قضاة لهم مصالح شخصية في شهرة أعمالهم وقد يرجع ذلك إلى رغبة القاضي في أن يكون محبوباً، أو إلى طموحه في الحصول على منصب سياسي مستقبلي في الحكومة كما حدث لوليام دوجلاس والذي كان على ما يبدو له بعض الطموح كرئيس.

وأخيراً قد نجد أن الرأي العام قد يكون هاماً لأنه هو الأساس الشرعي لتفسير ما جاء بالدستور مثل التعديل الثامن والذي يحرم العقوبات القاسية وغير المألوفة والتي يعتد فيها بوجهة النظر الحالية للرأي العام. وهناك قلة من الفقهاء آمنت بأهمية أكبر للرأي العام، وقد أعد بعضهم دراسات تؤكد ما آمنوا به ومنهم جازيانو وتوماس مارشال[١] .

وبخصوص دور رئيس المحكمة

أن مهام رئيس القضاة كبيرة ومتعددة وخطيرة، وهذا ما دفع ثاني رئيس للولايات المتحدة بعد الرئيس جورج واشنطون وهو المدعو جون آدامز أن يقول إن مهام رئيس قضاة المحكمة العليا تفوق مهام رئيس الولايات المتحدة.

---

(١) د. هشام فوزي المرجع السابق ص ٢٦٨ حيث أورد دراسات عن إتجاهات الرأي العام وأحكام المحكمة.

والحقيقة أن لرئيس المحكمة سلطات رسمية وغير رسمية ومكانة تسمح له بالتأثير على زملائه.

وأهم سلطة رسمية للرئيس هي رئاسته للمحكمة في المجادلات الشفوية وفي المؤتمر (المداولة) إضافة إلى أنه أول من يتحدث فيه، وقبل كل ذلك يحدد الرئيس كشف المناقشة "Discuss List" وهو الكشف الذي ينطوي على القضايا التي سوف تبحث المحكمة ما إذا كانت ستقبلها من عدمه، وبالتالي فإن المستبعد من هذا الكشف يرفض تلقائياً، وإذا كان الرئيس في جانب الأغلبية فهو يحدد القاضي الذي سيتولي كتابة الرأي.

ويحدث أن ينتمي الرؤساء للأغلبية خصيصاً حتى يتمكنوا من تحديد من يكتب رأي المحكمة – وحتى لا يكتسب هذه السلطة أقدم الأعضاء في الأغلبية، ومن الرؤساء الذين درجوا على ذلك رئيس القضاة بيرجر، حيث كان يؤخر الإفصاح عن رأيه حتى تشكل الأغلبية وتتضح فينتمي إليها رغم أن العرف قد جري على أن الرئيس يفصح عن رأيه أولاً[١].

وقد حدث أن داعبه القاضي سيتوارت ذات مرة فرسم مقبرة له وكتب عليها عبارة "لن ألعب الآن".

وقد استطاع رئيس القضاة إيرل وارن أن يحدد من يكتب رأي المحكمة في ٨٠ % من الأحكام التي صدرت طيلة رئاسته للمحكمة، ويهدف الرئيس من العهد بكتابة الرأي إلى قاضي معين إلى تقوية الأغلبية بأن يعين أكثر الأعضاء توسطاً. في الأغلبية كي يتمكن من جذب الأخرين وتقديم واجهة متحدة أو شبه متحدة للمحكمة، كما قد يسعي الرئيس عن طريق تلك السلطة إلى تحقيق سياسته الشخصية بأن يكتب الرأي بنفسه أو يسنده لأقرب أعضاء المحكمة إليه أيديولجياً. ورغم كل ما سلف فإن وسائل قيادة الزملاء داخل المحكمة غير كافية

---

(١) في القضاء الإداري المصري العرف أن يبدأ أحدث الأعضاء بإبداء آرائهم حتى لا يتم التأثير عليهم إذا أبدي الرئيس أو الأعضاء الأقدم رأيهم.

على ما يبدو، وهذا ما أوضحه رئيس القضاة نكوست عندما ذكر أن قضاة المحكمة العليا ليسوا مرؤوسين حقيقيين لرئيس القضاة ولا يستطيع أن يوجههم بالنظر لأنهم مثل رئيس القضاة لديهم الحق في الاستمرار بالخدمة طالما سمعتهم حسنة، وهم مستقلون لا سلطان عليهم، وأقصى ما يستطيعه رئيس القضاة أن يحاول إقناعهم بمسايرته.

وإزاء ما تقدم فلابد أن يتوافر لدي رئيس القضاة مقدرة سياسية إضافية إلى تلك القضائية، ومعظم رؤساء القضاء الأفذاذ جاءوا من مناصب سياسية، فمارشال كان وزير داخلية الرئيس جون أدامز، وتاني كان وزير مالية ، وهيوز رشح من قبل الحزب الجمهوري في انتخابات سنة ١٩١٦ ضد الرئيس ولسون إلا أنه فشل ورشح بعد ذلك كرئيس للقضاة ونجح، وانتخب إيرل وارن محافظاً لكاليفورنيا ثلاث مرات.

وهكذا على رئيس القضاة حتى ينجح أن يتوافر لديه الحس السياسي والقدرة على التعامل مع جميع فئات الشعب بطبقاته المختلفة.

وقد أكد رانكوست ذلك عندما قرر بأن رئيس القضاة لا يجب أن يكون فقيهاً فحسب وإنما يجب أن تتوافر فيه إضافة للحس القضائي القدرة على التخطيط. وعلى ذلك يجب أن يتسلح رئيس القضاة بالمهارات السياسية حتى يتعامل مع زملائه شديدي الاستقلال، وحتى يكون قادراً على إظهار المحكمة بصورة جيدة أمام أعين الشعب.

ويعد جون مارشال من أكفأ رؤساء القضاة إن لم يكن الأكفأ وقد قاد المحكمة طيلة ٣٤ عاماً وكتب أكثر من نصف آراء المحكمة في كل القضايا المعروضة عليها وتقريباً كل آراء المحكمة الدستورية عدا تسعة أعترض عليها، وتأثر زملاؤه في المحكمة كثيراً به.

وكان يمتلك رؤية واضحة للاحتياجات الدستورية للوطن الوليد ظهرت جيداً طيلة فترة حكمه عامة، وفي قضية ماربرى سنة ١٨٠٣ خاصة، وقد وجد

مارشال الدستور قصاصة من الورق فجعله قوة ووجده هيكلاً عظمياً فكساه لحماً كما حول المحكمة العليا إلى إدارة منسقة تمام التنسيق مزودة بالسلطة النهائية لحماية الدستور.

ولا يقل عن مارشال كثيراً رئيس القضاة – هيوز – والذي قاد المحكمة في الفترة من سنة ١٩٣٠ حتى سنة ١٩٤١ واعتبر رئيساً عظيماً بل ليس له مثيل في القرن العشرين.

وكان هيوز فذا في تقديمه للحقائق القانونية لزملائه والتي تثيرها القضية، وموهوباً في تحريك زملائه تجاهه حتى المشاكسين منهم، وكان يعطي أصغر القضاة الإحساس بأهمية رأيه حتى وإن اختلف معه، وكان قادراً على توجيه الحوار رأساً إلى الموضوع وذلك في المؤتمر القضائي. ورغم أن هيوز كان رئيساً للقضاة خلال فترة الثلاثينات التي شهدت الصراع مع روزفلت فقد وجه خطاباً للجنة القضائية بمجلس الشيوخ يعلن فيها رفضه لخطة تكديس المحكمة ولما عدلت المحكمة عن موقفها المعارض انضم للأغلبية والمؤيدة لسياسة المعاملة الجديدة، وهجر رأيه القديم.

وكان مارشال وهيوز يمتلكان القدرة على فهم نقاط الضعف والقوة في زملائهم القضاة، وامتلكا القدرة على قيادة المحكمة والتعامل باحترام وفاعلية مع الزملاء.

وكان شاغل كليهما تنمية وتطوير الاحتياجات الأساسية الدستورية للدولة، وظهر ذلك واضحاً في الأحكام الصادرة في عهدهما.

ونجد مثلاً أن رئيساً مثل وارن بيرجر كان لا يمتلك موهبة القيادة أو القدرة على تضييق هوة الخلاف مع معارضيه عكس إيرل وارن الذي نجح في القيادة رغم صعوبة الظروف التي كانت تحيط بالمحكمة في عهده، وخاصة في ظل وجود زملاء ربما أكثر منه كفاءة قانونية مثل بلاك ودوجلاس، إضافة إلى انقسام المحكمة انقساما متكافئا في عهده بين المتحررين والمتحافظين.

وبخصوص مدي تجاوب القضاة مع بعضهم وطبيعة العلاقات بينهم.

إن أحكام المحكمة العليا يمكن القول بأنها تتخذ وتتشكل بصورة شخصية وبصورة مجتمعة بمعني أن القاضي يعمل بعيداً عن زملائه ويسانده حجابه من ناحية ومن ناحية أخري فإنه يتداول مع زملائه في المؤتمر ويتأثر برأيهم، وتحدث تلك المناقشات خارج المؤتمر أيضاً، ولعل ما يشجع على ذلك هو الرغبة الداخلية لكل قاض في أن تصدر الأحكام بالإجماع، وهذا التجاوب يؤتي مفعوله حيث يؤثر في الحكم النهائي الذي يصدر عن المحكمة إذ يحدث أن يكون ذلك الحكم النهائي مختلفاً تماماً عن الاتجاه المبدئي، فرأي المحكمة يتشكل نتيجة المداولات بين القاضي المعين لكتابة الحكم وزملائه ومن ثم يحدث أن يختلف ذلك الراي تماماً عن مسودته الأولي وهذا ما حدث مثلاً في قضية (United States v.Nixon) سنة ١٩٧٤، والتي فيها كان الرأي الأصلي لرئيس القضاة بيرجر غير مرضى عنه من عديد من زملائه وبالعمل والمداولة سوياً توصل القضاة للحكم النهائي والذي صدر بالإجماع ونشر باسم بيرجر.

والحقيقة أن تغيير القاضي لموقفه المبدئي في المؤتمر قد يحدث نتيجة دراسة مستقلة يجريها القاضي بنفسه ولكن غالباً ما يتم تحول المواقف نتيجة تأثر القاضي بزملائه، وهذه المرونة القضائية التي تؤدي إلى تحويل الاتجاهات للوصول لآراء جماعية لعل أبرز أمثلتها هو قضية (Brown v. Borad of Education) والتي كانت المحكمة مبدئياً منقسمة بصددها ثم استطاعت التوصل لحكم جماعي.

هذا وقد يحدث نوع من التداخل بين القيم الشخصية للقاضي ومدي تجاوبه وتأثره بالجماعة، فنجد مثلاً أن القاضي المتحفظ الذي يميل في المؤتمر لموقف متحرر يكون من السهل التأثير عليه عن طريق زملائه المتحفظين ليغير من موقفه عند إصدار الحكم النهائي. وفيما عدا رئيس القضاة فإن القضاة الأخرين لديهم فرص متساوية للتأثير، لكن ومثل أي إنسان يحدث الاختلاف في مدي استغلال ذلك، وقد قال دوجلاس عن زملائه ستون وفرانكفورتر إنهم

كانوا مبشرين بمعني أنهم يسعون دائماً للتأثير على زملائهم بآرائهم، بينما نجد أن دوجلاس كان في أقصي الناحية المضادة إذ إنه كان قاضياً لا يهتم إطلاقاً بالسعي للتأثير على زملائه وكتب عنه كنوع من السخرية – بأنه يكون حزيناً جداً إذا اتفق أحد الزملاء معه في المحكمة في ذات الرأي.

ولا جدال في أن مهارة العقلية القانونية والقدرة على المجادلة والإقناع تساعد القاضي في التأثير على زملائه، وينطبق ذلك على كل من جون هاران ولويس باول.

ويلاحظ أن المهارة وحدها لا تصلح للإقناع إذ لابد أن يكون القاضي على علاقة حسنة بزملائه فالقاضي جيمس ماكرينولدز مثلاً كان غريباً عن زملائه، ومن ثم فقد فرصته في التأثير عليهم، وحتى يمكن تفهم الأمر جيداً فإن الأمر يحتاج إلى دراسة تفصيلية لحالة كل من القاضيين فرانكفورتر وبلاك.

ويختتم الباحث تحليله بأن الدراسة السالفة للعوامل التي تؤثر في صنع الحكم يمكن أن يستخلص منها أن المحكمة مثل الكونجرس ومؤسسة الرئاسة من حيث الحركة الداخلية فيها، إذ يشترك القضاة في مجادلات ومناقشات قد تكون حادة في بعض الأحيان وذلك حال ممارستهم اختصاصهم تشابه المجادلات التي تحدث في الكونجرس حال قيامه بالتشريع، وقد تحدث ضغينة بين القضاة كما يحدث بين أعضاء السلطة التنفيذية.

ولعل بعض المراقبين ينظرون إلى عملية صنع الحكم القضائي عن طريق المفاوضات والمجادلات كما أسلفنا على أساس أنها غير مشروعة أو على الأقل غير مستجبة بإعتبار أن المحكمة كيان مستقل عن السياسة، ورغم ذلك فإننا نري أن ذلك لازم للوصول إلى الاجتماع في الأحكام وإلى تحقيق السياسة المرغوبة لقضاة المحكمة، وعليه وكما رأينا فإن هناك عناصر مختلفة تؤثر في صنع الحكم ولعل أهمها على الإطلاق هو القيم الشخصية للقضاة لأن القانون عادة ما يكون غير واضح وغير حاسم والعوائق البيئية – وكما أسلفنا – محدودة التأثير.

ولذلك فإن قضاة المحكمة العليا وإلى درجة كبيرة يكونون أحرارا في إتباع الخطوط السياسية التي يفضلونها، لهذا فإن عملية اختيار أعضاء المحكمة العليا تعتبر هي أهم مسألة في تحديد اتجاهات المحكمة مستقبلياً.

وعلى ذلك فإن تغير سياسة المحكمة مثلاً من الاتجاه المتحرر في الستينات إلى الاتجاه المتحفظ في السبعينات والثمانينات إنما يرجع أساساً إلى التعيينات التي أجراها نيكسون بعد فوزه في انتخاب سنة ١٩٦٨ بفارق ضئيل، ولو أن منافسه هيبرت همفري قد بذل مجهوداً أكثر للفوز أو كان أكثر حظاً وفاز لاستمرت المحكمة في اتجاهها المتحرر لأنه من الطبيعي أنه كان سيعين قضاة متحررين لانتماء ذلك المنافس للحزب الديمقراطي، ولكن من الطبيعي أن العوامل الأخرى المؤثرة في صنع الحكم لها دور وربما توضح السبب في أن محكمة متحفظة مثلاً قد تتخذ مواقف وأحكام متحررة في بعض الأحيان، ورئيس القضاة النشيط والمؤثر يمكن أن يسير زملاءه وراءه ومن ثم فإن الذي يريد تحليل وتفهم مواقف المحكمة عليه أن يتقبل ويحلل العناصر المتعددة التي تؤثر في عملية إصدار الأحكام(١).

وفي تعبير واضح عن اتجاه مساو لدي المحكمة الدستورية العليا المصرية عبر أحد أكبر رؤسائها(٢) تأثيراً في الحياة الدستورية عن منهج القاضي الدستوري في مصر من خلال توضيح رؤيته وضوابط فهمه لطريقة عمل القاضي الدستوري ومحددات هذا العمل في مصر من خلال تحليله لأمرين الأول طريقة التفسير التي على المحكمة أن تنتهجها والثاني التفاصيل الدقيقة لعمل القاضي الدستوري وفي خصوص طريقة التفسير التي تتبعها المحكمة ذهب القاضي العظيم إلى:-

---

(١) د. هشام فوزي المرجع السابق ص ٢٧٣ . وما جاء بالمتن هو نقل كامل عنه.

(٢) المستشار الدكتور/ عوض المر رئيس المحكمة الدستورية العليا لفترة تزيد على سبع سنوات وكان له عظيم الأثر في المبادئ التي أنتجتها المحكمة خلال هذه الفترة وأثرت في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية في مصر أنظر مؤلفه الرقابة القضائية على دستورية القوانين وملامحها الرئيسية.

١- تباشر المحكمة الدستورية العليا في مصر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وقد عهد إليها الدستور بهذا الاختصاص، وأفردها بتوليه، حتى تنفرد به.

ومنذ إنشائها وهي تواجه الدستور باعتباره وثيقة نابضة بالحياة، لا ترتبط مفاهيمها بلحظة زمنية معينة. وإنما تتفاعل مع عصرها، وفق القيم التي ارتضتها الجماعة لتحدد على ضوئها مظاهر سلوكها وضوابط حركتها، آخذة في اعتبارها أن النظرة الأعمق لحقوق مواطنيها وحرياتهم، لا يجوز عزلها عن التنظيم المقارن في الدول الديمقراطية، بما يرد عنها عدوان السلطة وانحرافها ، ويقيم لها ضماناتها، فلا يكون بصرها بأبعاد رقابتها على الشرعية الدستورية، إلا تبلوراً بمفاهيمها.

٢- وكان لازماً أن تأخذ المحكمة الدستورية العليا – وهي تتولي التفسير النهائي لأحكام الدستور – بأمرين في اعتبارها:

أولهما:- أن النصوص الدستورية لا تعتبر مجرد نصوص توجيهية يطبقها المشرع أو ينحيها وفق إرادته. ولكنها قواعد قانونية بمعني الكلمة لا تعبر عن آمال في الفراغ، ولا عن صرخة في بيداء، وإنما تنقل آمال المواطنين إلي صورة واقعية يعايشونها ويفيدون منها، وهي بذلك لا تتحول عن نزعتها الإيجابية التي تتغير بها ملامح للحياة ويعاد تشكيلها على ضوئها.

ثانيهما: أن غموض بعض نصوص الدستور أو فرطحتها، ما كان ليحول دون مباشرة المحكمة الدستورية العليا لولايتها، وربما أعانها ذلك على أن تستخلص منها معان أكفل لحقوق المواطنين وحرياتهم، وأن تتوافر للدستور بالتالي المرونة اللازمة التي تقتضيها مواجهة أوضاع متغيرة بطبيعتها.

٣- ولا شبهة في أن الرقابة على الشرعية الدستورية – وعلى ضوء ما أصابها من تطور، واقتحامها مسائل تتعقد جوانبها وتتباين الآراء حولها – لم تعد اجتهادا قائماً فقط على إعمال حكم العقل. بل صار قوامها في كثير من

ملامحها حقائق علمية تجعلها من أفرع القانون التي تستقل عن غيرها في جوهر أحكامها. وما يميزها اليوم هو اتساع دائرة تطبيقها لتشمل فروع القانون المختلفة بغض النظر عن موضعها.

ذلك أن الرقابة التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا تتناول النصوص القانونية جميعها، ما كان منها مدنياً أو تجارياً أو جنائياً أو عمالياً أو ضرائبياً، أو واقعاً في إطار مسائل الأحوال الشخصية، وإن تعين الفصل في دستوريتها على ضوء منهاج الرقابة على الشرعية الدستورية ومعاييرها التي تساند المفاهيم الديمقراطية ، في صحيح معانيها، بما يكفل صون حقوق المواطنين وحرياتهم التي تمثل من النفس البشرية جوهرها، والتي يرتد تشويهها بخطاهم إلى الوراء، فلا يقدمون لأمتهم من جهدهم شيئاً.

وبذات الفهم السائد في الولايات المتحدة عن العوامل المؤثرة في عمل القاضي ذهب القاضي العظيم إلى أن قضاه المحكمة الدستورية يتأثرون بالقيم الخلقية للجماعة النابعة من ثقافتها[1] وذهب في ذلك:-

تأخذ النظم القانونية بالتالي فيض عطاء مجتمعاتها كحقائق مسلم بها، وتولي اعتبارها كذلك للقيم التي أفرزتها ثقافاتها. ويندرج تحتها ما يكون ضرورياً من هذه القيم لتحديد مفهوم العقوبة الموغلة في فحشها أو انحطاطها حتى لا نظل أرقاء لأفكار حملتها معها قيم الماضي البعيد التي تناقض رقي الجماعة وتعارض نمو مداركها.

كذلك فإن قيم الجماعة التي بلورتها ثقافتها، والتي ترتد مفاهيمها إلي القيم المعاصرة – الخلقية والنفسية والتفضيلية – هي التي ينبغي أن تعول عليها جهة الرقابة على الدستورية عند الفصل في كثير من المسائل الدستورية، كاعتبار المطبوع ماجناً أو غير داعر وكتحديد القواعد التي يعامل على ضوئها الأشخاص الذين أصابهم عارض الجنون بعد الحكم بإعدامهم.

---

(١) د. عوض المر المرجع السابق ص ١٩٠.

وكذلك تقرير حق كل جهة قضائية في أن تختار بنفسها القواعد الإجرائية التي تراها منصفة عند الفصل في الخصومة القضائية المطروحة عليها ، ما لم يكن إعمالها لهذه القواعد مناقضاً مبادئ للعدل لها من استقرارها في ضمير الجماعة، ورسوخها في تقاليدها، ما يرقى بها إلى مرتبة المبادئ الجوهرية المعتبرة قاعدة في كل تنظيم من طبيعة مدنية أو سياسية.

ولا يجوز بالتالي أن تتخذ السلطة موقفاً مصادماً الضمير الجمعي ، كتعذيبها أفراداً احتجزتهم للحصول على اعترافهم بالجريمة، ولا أن تناهض المفهوم الشامل للشعور بالعدل كإنكار حق الفقراء في الحصول على مشورة محام في القضايا الجنائية، ولا أن تنقض سياسة قومية لها جذورها من القيم السائدة في الجماعة ، كنهيها عن صور التمييز العنصرية في توجهاتها، ورفضها نماذج الدعارة على تباين أشكالها.

واعتبار هذه القيم مصدراً للشرعية الدستورية، مؤداه أن التدليل عليها إثباتاً لوجودها، حق للدفاع في كل خصومة قضائية يرتبط الفصل فيها بتلك القيم ، التي كان أثرها بعيداً على القضاء حتى في الأزمان البعيدة.

والرجوع إلى قيم الحق والعدل التي لا تتحول، والممتدة آفاقها إلى غير حد والمعتبرة من التقاليد الغائرة في أعماق الضمائر إلى حد معاملتها كقيم جوهرية لا يجوز النزول عنها، من العوامل المؤثرة في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها.

وانتهى في عبارة واضحة إلى أن القضاة في كل عصر لا يجوز أن يصنعوا بأنفسهم قانوناً لا يبلور القيم السائدة في مجتمعهم وإلا كان على جهة الرقابة القضائية على الدستورية أن تعطي لنصوص الدستور معاني تدل بوضوح على تبنيها للقيم الخلقية الغالبة في الجماعة، تقديراً بأن واجبها في

مجال صناعة القانون، يقتصر على مجرد تفعيل هذه القيم التي لا تفصل بين الجماعة ومعتقداتها، وإنما تحدد لها طريقاً عليها ألا تتجاوزه[١].

كما أكد أن القضاة في المحكمة الدستورية يفرضون قيمهم الخاصة وفلسفتهم على الأحكام الصادرة عنهم ويظل ثابتاً أن القضاه في كل عصر لا يدونون في أحكامهم غير القيم التي يتصورونها أكثر صواباً ما كان منها شخصياً أو اجتماعياً[٢].

كذلك أكد أن القاضي الدستوري يهتم بالآثار التي يحدثها قرار جهة الرقابة على مجتمعها ذلك أنه:-

لا تفصل جهة الرقابة القضائية على الدستورية في المسائل التي تطرح عليها، دون بصر بالآثار المترتبة على قراراتها في شأنها، بل توازن قبل إصدار أحكامها بين ضرورتها ونتائجها آخذة في اعتبارها أن أحكامها لا يجوز أن تعرقل الدولة عن مباشرتها لسلطاتها بالكفاءة المطلوبة منها، وأن آثارها الضارة ينبغي توقيها أو العمل على تخفيفها قدر الإمكان، وعلى الأخص في الدول الفيدرالية التي ينبغي أن يكون لكل ولاية أو مقاطعة فيها، قدر من الاستقلال يكفل ذاتيتها، فلا يكون تدخل جهة الرقابة فيما هو خاص من شئونها، إلا عملاً منهياً عنه دستورياً.

كذلك، فإن اتهام جهة الرقابة على الدستورية بأنها تشرع كثيراً، وتحكم قليلاً فيما تفصل فيه من المسائل الدستورية، يدفعها إلى دحض هذه التهمة ــ لا عن طريق إصدارها أحكاماً تنفيها، ولا بالتخلي عن تطويرها للدستور وسعيها الدائم لتغيير ملامح مجتمعها ــ وإنما من خلال السوابق القضائية التي تحيل إليها، لتتخذ منها قناعاً تتخفي وراءه، وكأن الجديد من أحكامها ليس إلا القديم منها، تردد بها أصداء ماض صار منقضياً.

---

(١) د. عوض المر ــ المرجع السابق ص ١٩٢.
(٢) د. عوض المر المرجع السابق ص ١٩٤.

وأحياناً تفصح جهة الرقابة القضائية على الدستورية – وبطريق غير مباشر – عن إدراكها النتائج المترتبة على أحكامها، من خلال رصدها لكل الآثار الخطيرة التي تقارن قضاء على خلافها. فإبطالها تشريعاً يقيد حرية التجارة، قد يقترن ببيان المخاطر التي تنجم عن تعويق تدفقها من خلال الحواجز الجمركية.

كذلك فإن القيود التي تفرضها الولاية داخل الدول الفيدرالية على التجارة عبر أقاليمها، قد تحول دون تدفقها، بما يثير التنازع بين الولايات بعضها البعض، ويدفعها إلى الردع المتبادل، وأن تتخذ لكل منها تدابير تحول بها دون نفاذ الأخرى إلى أسواقها، بما يضر في النهاية بالاقتصاد القومي بوجه عام، خاصة وأن المكوس العالية التي تفرضها ولاية على وسائط النقل التي تدخل إقليمها، قد تؤدي إلى خفض إيراداتها لا إلى زيادتها، وإلى تغير هذه الوسائط لاتجاهها، فلا تدخل هذه الولاية، بل تتحول إلى غيرها.

وحتى في الدول البسيطة، فإن فرض الدولة لضريبة في نطاقها الإقليمي، قد يكون مجاوزاً المقدرة التكليفية للخاضعين لها؛ أو منتهياً إلى تخليهم عن نشاطهم المشروع، أو جاعلاً مضيهم فيه رهقاً؛ أو مستثيراً ردود فعل غاضبة تخل بالأمن القومي، أو منهياً تعاون الدول اقتصاديا فيما بينها، ومؤدياً إلى تبادلها صوراً من الردع تتخذ شكلاً اقتصاديا.

ولئن حرص قضاة جهة الرقابة القضائية على الدستورية على إيضاح الآثار السلبية التي تنجم عن إبطال النصوص القانونية المطعون عليها، إلا أنهم أحياناً قد لا يمحصون بالدقة الكافية هذه الآثار، ولا يتأملون بعمق جوانبها. وقد يهملونها بعد وقوفهم عليها، وإن كان واجبهم المبدئي هو تحريها.

وعلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية، أن تدعو الدفاع – إذا لم تكن على يقين من نوع وحدة المخاطر التي قد تقارن حكمها المحتمل في الموضوع المعروض عليها – كي يحيطها، ولو من خلال خبراء يستقدمهم،

بكل المخاطر الاقتصادية والاجتماعية التي يتوقعونها كأثر لإبطال النصوص القانونية المطعون عليها، والتي يكون التكهن بها من زاوية علمية دالاً على رجحان حدوثها[1].

وفي توضيح منه للقواعد الأصولية في تفسير الدستور ذهب إلى أنه:-

من القواعد المبدئية في تفسير الدستور، أن كل كلمة فيه لا يجوز عزلها عن سياقها؛ ولا النظر إليها باعتبارها كلمة زائدة لا قيمة لها، ولا إعطاؤها معني يناقض دلالتها الواضحة.

بل تؤخذ الكلمة أو العبارة التي لا يشوبها غموض والتي لا تعارض أجزاء أخري من الدستور، على ضوء معناها الطبيعي، وبمراعاة أن الكلمة الواحدة التي تتعدد مواضعها في الدستور ينبغي فهمها على أنها هي ذاتها في كل مواقعها وأن معناها بالتالي واحد في كل استعمالاتها، وأن لكل كلمة مقاصدها، ولا يجوز بالتالي تجريدها من كل أثر.

كذلك فإن نصوص الدستور لا تجوز قراءتها بما يخل بتكاملها واتساقها فيما بينها.

ولا يجوز كذلك أن نفترض أن أجزاء الدستور لا تترابط فيما بينها ، أو أن بالإمكان حذفها، أو أن جانباً منها عقيم في معناه، أو أن أهدافها يناقض بعضها البعض. بل يتعين النظر في نصوص الدستور، بما يوفق بينها، وإلى فروع المسائل التي ينظمها باعتبارها نتائج أصولها لضمان تفسيرها بصورة أدق؛ وبمراعاة أن نصوص الدستور في لغتها وترتيبها، ليس لها دور حاسم في مجال تحديد أهميتها.

فلغتها وحدها قد لا تشي بحقيقة معناها. وليس لها من قيمة حين تستخلص جهة الرقابة من الدستور، حقوقاً لا نص عليها فيه.

---

(١) د. عوض المر – المرجع السابق ص ١٩٩.

كذلك فإن ترتيبها فيما بينهـا، لا يدل بالضرورة على أن النصوص التي تتقدم غيرها، أكثر أهمية من سواها.

ويكون محل نظر بالتالي، تقييم المحكمة الدستورية العليا في مصر لأهمية مساواة المواطنين أمام القانون – لا على ضوء الآثار السلبية السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تنجم عن التمييز بينهم بالمخالفة للدستور – وإنما بالنظر إلى أن تساويهم في المعاملة القانونية مع نظرائهم كان "أول" مبدأ نص عليه الدستور في بابه الخاص بحقوق المواطنين وحرياتهم؛ وجاء بالتالي في موقع الصدارة منها[١].

وليس ذلك إلا ترتيباً لحقوق المواطنين وحرياتهم على أساس مواقعها في الدستور. حال أن حقوقهم وحرياتهم هذه، لا تتدرج فيما بينهـا، ولا تنفصل عن بعضها، ولكنها تتكامل في إطار منظومة تجمعها وتتكافأ مفرداتها فيما بينها. فلا يكون كل حق أو حرية، إلا أصلاً أو مدخلاً لغيره أو نتيجة مترتبة على وجوده.

ووضع رسماً لمنهاج عمل المحكمة الدستورية ولعله اختص منهج العمل في المحكمة إبان رئاسته لها حيث ذهب في توضيح القواعد الكلية التي تحكم الرقابة القضائية إلى أنها تتضمن:-

أولاً:- ضمان الوحدة العضوية لنصوص الدستور

نصوص الدستور لا تتهادم أو تتنافر ولا تنعزل عن بعضها. بل يضمها رباط منطقي يوفق بين معانيها، ويزيل شبهة تعارضها، ويكفل اتساقها والأغراض النهائية التي يقوم الدستور على تحقيقها.

وهو ما يرد نصوص الدستور إلى وحدة عضوية تتواصل أجزاؤها، ويفترض ذلك تآلفها في معانيها وتظافرها في توجيهاتها[٢].

---

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية "دستورية" جلسة ١٩ مايو ١٩٩٠ – قاعدة رقم ٣٣ – ص ٢٨٠ – ٢٨١ من الجزء الرابع من مجموعة أحكامها.

(٢) "دستورية عليا" – القضية رقم ٢٣ لسنة ٢٥ ق "دستورية" – جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ – القاعدة رقم ١٥ – ص ١٤٨ من الجزء السادس.

ثانياً:- وجوب التوفيق بين نصوص الدستور في إطار تكاملها

وإذا كان الأصل في نصوص الدستور هو كفالتها حقوق الأفراد وحرياتهم، فإن مساس الدستور بها لا يكون إلا بنص خاص فيه يفسر تفسيراً ضيقاً . ومن ذلك أن ما تقرر في الدستور للعمال والفلاحين من مقاعد في المجالس التمثيلية لا يقل عن نصفها، ومن مصادره أموال أسرة محمد علي، ومن قصر حق اللجوء إلى القاضي الطبيعي على المواطنين. ويتعين بالتالي تأويل نصوص الدستور هذه ، بما يوفقها – وكلما كان ذلك ممكناً – مع أحكامه.

فالأصل في المواطنين هو تساويهم أمام القانون. فإذا أفرد الدستور ميزة لبعضهم بما يقدمهم في شأنها على مواطنين آخرين، تعين تحديد المنتفعين منها بصورة دقيقة لضمان حصر دائرة تطبيقها في حدود ضيقة.

كذلك فإن ما يقرره الدستور من عدم جواز الطعن بالإلغاء أو بالتعويض في قرارات مجلس قيادة الثورة التي تقضي بمصادرة أموال أسرة محمد علي، يناقض كفالة حق المواطنين في التقاضي المنصوص عليه في المادة ٦٨ من الدستور، ويخل كذلك بحق أفراد هذه الأسرة على أموالهم التي تلقوها وفقاً للقانون. ولا توفيق بين هذه المصادرة والحقوق التي مستها، إلا من خلال النظر إلى هذه الحصانة باعتبارها تدبيراً استثنائيا يتقيد بمبرراتها. ولا يجوز بالتالي تغليبها على حقوق الملكية التي كسبها أصحابها بطريق مشروع وفقاً للدستور أو القانون، ولا اعتبارها نكالاً بأفراد هذه الأسرة من خلال مصادرة تحيط بأموالهم جميعاً ، فلا يبقي منها بعدئذ ما يعولون عليه في معاشهم.

وإنما يتعين أن يكون لهذه الحصانة نطاقها المنطقي في إطار علاقة مفهومة تربطها على الأخص بأهدافها، فلا يكون تسليطها على هذه الأسرة نافياً لوجودها، ولا مهدراً حقها في الحياة، ولا معطلاً جريان حقوق لا صلة لها بأموال يقال بأنها إنتهبتها، ويندرج تحت أموال لا شأن لهذه الأسرة بها، بل

تلقاها عن غير طريقها أشخاص ينتمون إليها، أو أكتسبها أغيار لا يعتبرون من أعضائها. وهو ما يعني موازنة المصادررة التي قررها الدستور في شأن أفراد هذه الأسرة بحقوق الملكية التي كفلها للمواطنين جميعهم، والتي ينظر إليها عادة بوصفها أحد العناصر المبدئية لصون الحرية الشخصية التي لا يستقيم بنيانها إلا إذا تحرر اقتصاديا من يطلبونها ، وكان بوسعهم بالتالي الاستقلال بشئونهم والسيطرة عليها[1].

ثالثاً:- علو نصوص الدستور على ما سواها
وامتناع تدرجها فيما بينها

ويظل الدستور – وأياً كان مضمون قواعده – معتلياً النصوص القانونية جميعها إذا كان مدوناً جامدا، ولو كان رجعياً وليد أفكار مذهبية عقيمة هجرها الزمن؛ أو كان قد أفرط في الحقوق التي كفلها للدولة في علاقتها بمواطنيها.

ولئن كان الدستور قانوناً بالمفهوم العام لكلمة القانون. إلا أن الدستور يعتبر قانوناً أساسياً يتصدر النصوص القانونية ويتقدمها حتى ما كان منها من طبيعة آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها[2].

ونصوص الدستور هذه لا تتدرج فيما بينها، حتى لو قيل بتفاوتها في أهميتها.

---

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ١٣ لسنة ١٠ ق "دستورية" – جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ – القاعدة رقم ٦٢ – ص ٩١٦-٩١٨ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١١٦ لسنة ١٨ ق "دستورية" – جلسة ١٩٩٧/٨/٢ – قاعدة رقم ٥١ – ص ٧٩٢ – ٧٩٣ من الجزء الثامن، حيث رفضت المحكمة نقض حقوق الملكية الخاصة التي كفلها الدستور والإخلال بحرمتها، بناء على ما ادعاه الطاعنون من قيام المجتمع على أساس التضامن الاجتماعي، ومن تأسيس النظام الاشتراكي الديمقراطي، على الكفاية والعدل.

(٢) "دستورية عليا" – القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ ق "دستورية" – جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ – قاعدة رقم ١٥ ص ١٤٦ – ١٤٨ من الجزء السادس، والقضية رقم ١٣ لسنة ١١ ق "دستورية" – جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢ – قاعدة رقم ٣١ – ص ٢٨٥ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس.

ذلك أن أهميتها هذه تقابل دورها في الحياة الاجتماعية وهي تعمل مع غيرها من نصوص الدستور في إطار منظومة متكاملة تتناغم في قيمها وتوجهاتها؛ وتتعاون في تحقيق الأغراض النهائية المقصودة منها.

وتظل الحماية التي تكفلها لحقوق المواطنين وحرياتهم واحدة في درجتها ومنزلتها ، وإمكان اقتضائها.

ولا كذلك النصوص القانونية الأدنى مرتبة من الدستور، إذ تتدرج هذه النصوص فيما بينها، ليعلو بعضها البعض في إطار منظومة هرمية تتقيد فيها كل قاعدة قانونية بتلك التي تعلوها في مدراج هذه المنظومة، فلا تخرج عليها بل تعمل في إطارها[1].

وإذا كان الخروج على الدستور، يطرح بالضرورة "دستورية" النصوص القانونية المخالفة لأحكامه؛ فإن مجاوزة غير الدستور من الوثائق القانونية ، يستنهض الفصل في مشروعية الخروج عليها.

ولئن صح القول بأن نصوص الدستور لا تتمايز قانوناً أو تتفاضل فيما بينها، حتى مع تفاوتها في أهميتها العملية أو قيمتها الواقعية، وأن نصوص الدستور جميعها تنتظمها قائمة واحدة في مرتبتها، إلا أن الحقوق والحريات التي كفلها لا تنفصل عن بعضها البعض. ذلك أن كل حق أو حرية يعتبر مدخلاً لغيره ، أو موطناً لتقرير وسائل حمايته. وتشدها إلى بعضها الأغراض النهائية التي تتوخاها. وتقتضي مجالاتها الحيوية تساندها فيما بينها، لتعمل جميعها في إطار القيم التي يحتضنها الدستور.

---

(١) "دستورية عليا" ـ القضية رقم ١١٦ لسنة ١٨ ق "دستورية" ـ جلسة ١٩٩٧/٨/٢ ـ القاعدة رقم ٥١ ص ٧٩١ ـ ٧٩٢ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ ق "دستورية" ـ جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ ـ قاعدة رقم ١٢ ـ ص ١٥٠-١٥١ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

ومن ثم لا تتمايز نصوص الدستور فيما بينها، ولو قدم الدستور – في الطريقة التي رتبها بها – حقاً أو حرية بذاتها على غيرهم[١]".

رابعاً:- النظرة الأشمل لنصوص الدستور هي الطريق لفهمها

لا يجوز أن يدور الفصل في المسائل الدستورية، حول جوانبها الجزئية، ولا أن يحوم حول أسوارها الخارجية دون نفاذ إلى أعماقها، ولا أن يفصل مقدماتها عن نتائجها، ولا فروعها عن أصولها، ولا أن يعمد إلى تجزئة نصوص الدستور، ولا إلى عزلها عن القيم الكامنة وراءها، أو الأغراض النهائية التي تتعاون على تحقيقها، ولا تحليلها بعيداً عن النظرة الأشمل لها على ضوء القضاء المقارن والحقائق التاريخية التي أخرجتها من رحمها.

فإذا استقام لجهة الرقابة على الدستورية فهم خصائص المسائل الدستورية المطروحة عليها أعانها ذلك على تحديد نطاق الخصومة الدستورية، وحقيقة المطاعن المثارة فيها بصورة أدق ونطاق المصلحة الشخصية التي وجهتها.

وكلما قرر الدستور قاعدة تعتبر أصلا في المسائل التي تحكمها، كالنص في الدستور على الحق في الحياة وعلى ضمان الحرية الشخصية كأصلين يمنعان كافة القيود غير المبررة على البدن، ويرفضان معاملة الشخص بطريقة غير إنسانية، أو إجراء تجربة طبية أو علمية عليه بغير رضاه؛ فإذا فهم هذه الفروع جميعها وإعطاءها دلالاتها، يقتضي إرجاعها إلى الأصل الحق في الحياة وفي الحرية الشخصية اللذين يحكمانها[٢].

---

(١) دستورية عليا القضية رقم (٦) لسنة ---- ق دستورية – جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ قاعدة رقم ٣٧ ص ٣٥١ م المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) "دستورية عليا – القضية رقم ٥٨ لسنة ١٧ ق "دستورية" – جلسة ١٩٩٧/١١/١٥ – قاعدة رقم ٦٦ – ص ٩٦٧ من الجزء الثامن.

كذلك، فإن النظرة الأشمل لنصوص الدستور، هي التي ترد إلى هذه النصوص جميعها ، صور العوار المتعلقة بالنصوص القانونية المطعون عليها. ذلك أن تحقق المحكمة الدستورية العليا من وجود صور العوار المدعى بها أو تخلفها، يقتضيها أن تسلط عليها نصوص الدستور جميعها، حتى إذا بان لها خلو النصوص المطعون عليها، من كافة مظان عيوبها، حررتها من شبهة مخالفة الدستور.

خامساً:- ما لا يدخل في تقييم دستورية النصوص القانونية

تنحصر مخالفة النصوص القانونية للدستور في صور بذواتها يندرج تحتها:-

١- أن الفصل في دستورية النصوص القانونية لا يرتبط بما إذا كان المشرع قد صاغها وفق معيار مرن ضماناً لإتساعها لأوضاع تتباين ظروفها، أم أفرغها في صورة جامدة توحيداً لفروض تطبيقها[1].

٢- تعدد الوثائق ذات القيمة الدستورية، لا يمنع من ضمها إلى بعضها. ذلك أن اجتماع حقوق المواطنين وحرياتهم في وثقة واحدة، أو تفرقها بين وثائق متعددة، قد يكون مبرراً بالحقائق التاريخية أو بغير ذلك من الأوضاع الخاصة التي قارنتها، بما في ذلك الوسائل الفنية لصياغتها.

ولا شأن بالتالي لهذه الحقائق أو الأوضاع أو الوسائل بمرتبة هذه الوثائق، ولا بوجب الرجوع إليها، والتوفيق بينها[2].

---

(١) دستورية عليا – القضية رقم ٣٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" – جلسة ١٩٩٦م١١/١٦ – قاعدة رقم ١٢/١٢- ص ١٧٥ من الجزء الثامن.

(٢) دستورية عليا – القضية رقم ٣٥ لسنة ٩ ق "دستورية" جلسة ١٩٩٤/٤/٤ – قاعدة رقم ١٦/٢٧ – ص ٣٤٤ من الجزء السادس.

٣- تخلي السلطتين التشريعية أو التنفيذية عن واجباتها أو تفريطها في مسئوليتها قبل مواطنيها، مؤداه تسلبها من تنظيم بعض الحقوق والحريات التي لا يكتمل الانتفاع بها بغير تدخلها. ويعتبر هذا الامتناع مخالفاً للدستور، ولو قيل بأن مسئولية تقويم ذلك الامتناع – في كل صورة – مردها إلى هيئة الناخبين.

٤- ما تقضي به المادة ١٩٣ من الدستور من أن يبقى صحيحاً ونافذاً كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور، لا يتوخى غير مجرد استمرار العمل بنصوصها دون تطهيرها مما قد يشوبها من عوار يبطلها، وبما لا يحول دون تعديلها أو إلغائها وفقاً للدستور(١).

٥- لا شأن لدستورية النصوص القانونية، بالكيفية التي يتم بها تطبيقها، ولا بالصورة التي فهمها بها القائمون على تنفيذها(٢).

٦- ليس لازماً لتقرير مخالفة النصوص القانونية المطعون عليها للدستور، أن تتجه إرادة المشرع إلى الخروج على أحكامه. وإنما يكفي لإبطالها، أن يكون خروجها على الدستور، مبناه خطأ السلطة التشريعية أو التنفيذية في التقدير، أو سوء فهمها للدستور، بل ولو كان وقوع المشرع في هذه المخالفة قد تم بطريقة عرضية غير مقصودة.

---

(١) القضية رقم ٣ لسنة ١ قضائية "دستورية عليا" – جلسة ١٩٧١/٣/٦ – قاعدة رقم (١) ص ٣ من القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا الصادرة في الدعاوى الدستورية.

(٢) "دستورية عليا" – القضية رقم ١٢١ لسنة ١٨ ق "دستورية" – جلسة ١٩٩٨/٣/٧ – قاعدة رقم ٨٩/ ٤، ٥ – ص ١٢٢٠ من الجزء الثامن.

٧- لا شأن للرقابة على الشرعية الدستورية ، بالسياسة التشريعية التي إستنسبها المشرع لتنظيم أوضاع يواجهها، كلما كان تنفيذها - من خلال النصوص التي أقرها - لا يصادم حكماً في الدستور(١).

٨- للنصوص القانونية بواعثها التي لا يجوز أن تخوض فيها جهة الرقابة على الشرعية الدستورية. على أن هذه القاعدة لا يجوز أن تؤخذ على إطلاقها. ذلك أن بواعثها هذه كثيراً ما تختلط بالأغراض التي يتوخاها المشرع، لتحدد قدر أو درجة انحرافها عن المصلحة العامة. فلا يكون التحقيق في بواعثها تلك، غير دليل إما على سوء استعمال المشرع لسلطته، أو على تقيده بضوابط مباشرتها.

٩- كذلك فإن احتكام المشرع لحكم العقل فيما يراه تنظيماً تشريعياً موافقاً للدستور، قد يناقض التقدير القضائي لها. فلا يعتد بغير هذا التقدير في تقرير دستوريتها.

١٠- يفترض إلغاء المشرع لنصوص قانونية بذواتها أن تكون أداة إلغائها صحيحة وفقاً للدستور. فإذا قام الدليل على بطلانها بقضاء من المحكمة الدستورية العليا، لم يعد لها من أثر في مجال إنهاء العمل بالنصوص القديمة. وإنما تبقى على حالها، وتعامل بافتراض أن تغيير لم يطرأ عليها(٢).

١١- إذا نظم المشرع من جديد الموضوع الذي سبق أن تقررت قواعده بتشريع سابق، اعتبر ذلك إلغاء ضمنياً للنصوص القديمة ، لتحل محلها النصوص الجديدة من تاريخ العمل بها. وذلك عملاً بنص

---

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ١٩ لسنة ١٩ ق "دستورية" - جلسة ١٩٩٨/٣/٧ - قاعدة رقم ٥/٨٨ - ص ١٢١٢ - ١٢١٣ من الجزء الثامن.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ٢٨ لسنة ٦ ق "دستورية" - جلسة ٦ يونيه ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٣/١٠٥ - ص ١٣٩٢ من الجزء الثامن.

المادة الثامنة من القانون المدني. فإذا كانت النصوص القديمة معيبة لمخالفتها الدستورية، فإن شوائبها تتعلق بها وحدها ، ولا تنسحب إلى النصوص الجديدة التي تستقل عنها، والتي أحلها المشرع محلها[1].

١٢- تتعلق الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية بالنصوص القانونية التي قام وجه لإبطالها بالنظر إلى مخالفتها الدستور. ذلك أن تعييبها لا يفترض ولو لم تقرها السلطة التشريعية أو تصدرها السلطة التنفيذية في الصورة التي يتوقعها المواطنون.

١٣- لا يجوز التمييز في مجال الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية، بين شكلية جوهرية وأخرى ثانوية. ذلك أن الشكلية التي يقتضيها الدستور واحدة في أهميتها ودرجتها، وضرورة النزول عليها.

ويتعين بالتالي إفراغ هذه النصوص في قوالبها التي فرضها الدستور، وذلك حتى لا تفقد خصائصها كقواعد قانونية تستمد صفتها هذه من قوة الإلزام الكامنة فيها. ذلك أن تجردها من هذه القوة يعدمها ولو كان مضمونها موافقاً للدستور.

ولا كذلك الشكلية التي يتطلبها القانون لاتخاذ إجراء معين . ذلك أن الإجراء ولو كان معيباً، ينقلب صحيحاً بتحقق الغاية من الشكلية التي تطلبها المشرع فيه[2].

---

(١) "دستورية عليا" – القضية رقم ٤٤ لسنة ١٢ ق "دستورية" – جلسة ٧م١٩٩١/١٢ – قاعدة رقم ٣/١٣ – ص ٧٤ من المجلد الأول من الجزء الثامن.

(٢) دستورية عليا – القضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ ق "دستورية" جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ – قاعدة رقم ٢/١٦ – ص ٢٦٦ من الجزء الثامن.

١٤- لا يجوز إبطال النصوص القانونية الموافقة للدستور، ولو لم تلتزم قيما تقدميه ارتضتها الأمم المتحضرة لنفسها. بل ولو كان القانون المقارن مناهض هذه النصوص ويقرر عكسها. أو يفضل عليها غيرها. ذلك أن ما تراه بعض الدول من ثوابتها، يخصها وحدها، ولا شأن لسواها بها أيا كان قدر صوابها. فإذا فارقتها نظم إقليمية، تعين الرجوع إلى الدستور الذي يحكمها دون غيره. بشرط إلا تخل هذه النظم بالحقوق الجوهرية للإنسان.

وذهب في عبارات صريحة إلى أن الأصل في السلطة التقديرية هو الإطلاق.

الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية، ما لم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها، وتكون تخوماً لها لا يجوز اقتحامها.

بما مؤداه أنه فيما خلا القيود التي يفرضها الدستور على السلطة التشريعية والتنفيذية في مجال إقراره أو إصداره النصوص القانونية، فإن لهاتين السلطتين أن تباشرا اختصاصاتهما التقديرية بعيداً عن الرقابة القضائية التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا في شأن الشرعية الدستورية، والتي لا يجوز لها بمقتضاها أن تزن – بمعاييرها الذاتية – السياسة التي انتهجها المشرع في موضوع معين، ولا أن تناقشها أو تخوض في ملاءمة تطبيقها عملاً؛ ولا أن تنحل للنص المطعون فيه أهدافاً غير التي توخها المشرع، ولا أن تكون خياراتها بديلاً عن عمل السلطة التشريعية أو التنفيذية اللتين يكفيهما أن تباشرا الولاية التي تختصان بها في الحدود التي بينها الدستور، وأن يستلهما في ذلك أغراضاً يقتضيها الصالح العام، وأن تكون وسائلهما إلى تحقيق هذه الأغراض، مرتبطة عقلاً بها[1].

---

(١) "دستورية عليا" – القضية رقم ٣ لسنة ١٦ ق "دستورية" – جلسة ٤ فبراير ١٩٩٥ – القاعدة رقم ٣٦ – ص ٥٢٩ من الجزء السادس.

بعض ضوابط الفصل في دستورية النصوص القانونية

لا ينحصر مجال الرقابة على الشرعية الدستورية فيما أخل به المشرع بصورة مباشرة من الحقوق التي كفلها الدستور، ولكنها تتناول كذلك ما أهدره ضمناً من هذه الحقوق ، ولو كان إنكارها أو تقييدها قد وقع عرضاً.

ذلك أن الرقابة القضائية لهذه النصوص، لا تواجه غير الآثار القانونية التي رتبتها في حق المخاطبين بها. ولا شأن لها بنوايا المشرع وخواطره التي يتعذر تقصيها في أعضاء السلطة التشريعية جميعهم، أو التدليل على تواطئهم إضراراً بالمخاطبين بالنصوص القانونية التي أقرتها.

وحتى بافتراض توافق أعضاء السلطة التشريعية على تطبيق الدستور، وخروجهم عملاً على أحكامه، فإن نوياهم السليمة لا ترفع عن النصوص التي أقرتها، عوار بطلانها. فلا يكون تقرير هذا البطلان غير جزاء يصيبها بقصد إنهاء العمل بها حتى لا يتحمل أوزارها من أخضعتهم هذه النصوص لإحكامها[1].

ويتعين أن يكون سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها وانحرافها عن أهدافها، واشياً بتنكبها الأغراض المقصودة من تأسيسها ، واستتارها بالتالي وراء سلطتها في تنظيم الحقوق، لتصرفها إلي غير وجهتها.

ومن ثم كان سوء استعمالها للسلطة عيباً قصدياً، وطعناً احتياطيا، لا يقوم الدليل عليه بالظن والتخيل. بل من عيون الأوراق ذاتها التي تفصح عنها مضابط أعمالها وغيرها من الوثائق ذات الصلة التي يطمئن إليها[2].

وقرر أنه يجب أن تكون الرقابة في الحدود الداخلية للنصوص القانونية.

---

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٣٣ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ - قاعدة رقم ١٧ - ص ٢٢٩ من الجزء السادس.

(٢) د. عوض المر المرجع السابق ص ٣٩٦.

يقصد بالحدود الداخلية للقانون – بوجه عام – تلك التي تناقض فيها مادة القانون، الدستور في محتواه، ومن ثم يتعلق هذا العوار بالتكوين الداخلي للنصوص المطعون عليها Le contrôle de la constitutionnalité interne

ومن ذلك إخلال القانون بمضمون حقوق الفرد وحرياته التي كفلها الدستور، على أن يؤخذ الدستور ليس فقط بالمعني الحرفي لهذه الكلمة، وإنما يدخل كذلك في إطار الدستور كافة القواعد ذات القيمة الدستورية.

ويعتبر القانون مخالفاً للدستور في محتواه، ليس فقط إذا خرج على قاعدة في الدستور، أو نقض قاعدة لها قوة الدستور. وإنما كذلك إذا أخطأ في تقدير الأوضاع الظرفية التي قام القانون عليها.

وإذا صدر القانون لتحقيق أغراض لا صلة لها بالمصلحة التي افترض الدستور أن يعمل المشرع على تحققها، فإن القانون يعتبر مخالفاً كذلك – في حدوده الداخلية – للدستور بالنظر إلى مجاوزة المشرع حدود ولايته انحرافا عنها.

ولئن كان قضاء المحكمة العليا – والمحكمة الدستورية العليا من بعدها – يجيز الطعن في النصوص القانونية لمجاوزة السلطة[1]

---

(١) يبين من قضاء المحكمة العليا في الدعوى رقم ٢ لسنة ٣ قضائية – دستورية الصادر عنها بجلستها المعقودة في ١٩٧٥/٦/٧ (نشر هذا الحكم ف ص ٣١٤ من القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا الصادرة في الدعاوى الدستورية) أن المدعي في الدعوى المذكورة نعي على القانون المطعون فيه صدوره مشوبا بعيب الانحراف وعدم استهدافه الصالح العام. وقد رفضت المصلحة هذا الوجه من النعي، لا لأنه غير جائز – بل لعدم توافر الدليل عليه. كذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بحكمها في القضية رقم ١٢١ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" الصادر عنها بجلستها المعقودة في ١٩٩٨/٣/٧ (نشر هذا الحكم في ص ١٢١٨ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها) بأن سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، ليس بمبدأ يفترض في عملها ، بل يعتبر مثلبا احتياطيا، وعيبا قصديا يتعين أن يكون الدليل عليه واشيا بتنكبها الأغراض المقصودة من تأسيسها، واستتارها بالتالي وراء سلطتها في تنظيم الحقوق، لتصرفها إلى غير وجهها، فلا يكون عملها إلا انحرافا عنها.

Le détourncmenment de pouvoir، إلا أن كثيرين يعارضون في ذلك قولاً منهم بأن هذه الصورة من صور الرقابة يستحيل ضبطها بمعايير موضوعية، وأنها في حقيقتها خوض في النوايا الداخلية لأعضاء السلطة التشريعية التي يتعذر رصدها، ولا تقديم الدليل على تواطئهم في مجموعهم فلا مجاوزة حدود المصلحة التي افترضها الدستور في العملية التشريعية

فضلاً عن أن هذه الصورة من صور الرقابة، تنحل في واقعها إلى نوع من التقييم الخلقي لهؤلاء الأعضاء، وتصنفهم كأشخاص لا توجههم المصلحة العامة فيما يفعلون، وأنهم ينقلبون عليها قصداً، ويعمدون إلى الإضرار بها إلتواء، وينفون بوجوههم منها.

على أن أوجه النقد هذه، يعيبها أن المحكمة الدستورية العليا- وفي مجال تقصيها لعوار مجاوزة السلطة انحرافا عليها – لن تخوض في النوايا التي أضمرها أعضاء السلطة التشريعية فيما أقروه من القوانين، ولكنها تستخلصها من عناصر خارجية تدل عليها، مثلما هو الحال في القانون الخاص.

ذلك أن التمييز في نطاق هذا القانون بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، مؤداه أن يكون لكل من هاتين الإرادتين مجال تعمل فيه، وإن خفاء الإرادة الباطنة لتعلقها بالنوايا الكامنة التي لا يعرفها غير أصحابها، لا يمنع من التدليل عليها بالمظاهر الخارجية التي تشي به!

ولا يتصور بالتالي أن تستخلص المحكمة الدستورية لعليا ما أضمره أعضاء السلطة التشريعية من النوايا ، عن طريق تحليل أعماق نفوسهم. ذلك أن النصوص القانونية التي أقروها قد تبدو محايدة في مظهرها. ويتعين بالتالي على من يدعي مجاوزة هذه السلطة لأهدافها، أن يدلل على انحرافها من خلال مظاهر خارجية تفصح بذاتها عن تنكبها المصلحة العامة التي يفترض أن تتغياها.

فلا يكون الدليل على انحرافها مباشراً، بل غير مباشر يقوم على القرائن المتضافرة. ومن ذلك مضابط مناقشاتها، والأعمال التحضيرية للقانون، والأوضاع الظرفية التي انبثق عنها؛ والرغبة الجامحة في إقراره بغير حوار حول مضمونه، وقبوله فوراً بالصورة التي عرض بها، ومفاجأة المعارضة بمشروع القانون حتى لا تتوافر لها فرص بحثه، ونظر هذا المشرع على وجه الاستعجال دون ما ضرورة؛ والتأثير على المعارضين لمشروع القانون – بالإغواء أو التهديد – لمنعهم من وقفه أو تأجيله.

وتلك صور من المظاهر أو القرائن المتساندة التي تدل على أن السلطة التشريعية قد خالطتها الأغراض الشخصية في قانون صدر عنها.

ومن ذلك أن تنظم بقانون شئون الصحافة من زواياها المختلفة ، فإذا ظهر من استقراء أحكامه، أن ما توخاه هو تصفية الجرائد التي تعارض الدولة وتوجه لها نقداً قاسياً، فإن هذا القانون لا يكون فقط مخالفاً للدستور في محتواه بالنظر إلى خروجه على التعددية في الصحافة التي يكفلها تنوع أدواتها، ويقوضها تقليص دائرة ترويجها ، وإنما كذلك متضمناً انحرافا في استعمال السلطة لتوخية التمييز بين الآراء بالنظر إلى مصدرها بما يحول دون تدفقها ويكفل تصفية بعضها.

وفضلاً عما تقدم يعتبر القانون – في حدوده الداخلية – مخالفاً للدستور في محتواه، ولو كان إقراره ناجماً عن خطأ السلطة التشريعية في فهم الدستور أو في تقدير واقعة قام القانون عليها.

ويتحقق قضاة الشرعية الدستورية من توافر هذه الصورة من الخطأ أو تخلفها من خلال عملية تفسير عقلية تقتضيها الوظيفة القضائية. وهي عملية تتم على مرحلتين : أولاهما تحديد مضمون الحق أو الحرية المدعى الإخلال بها. وثانيتهما تحليل حقيقة القانون المطعون عليه في صحيح معانيه ومقاصده. ومن خلال هاتين المرحلتين، قد يظهر لهؤلاء القضاة أن نصوص ذلك القانون

يستحيل توفيقها مع الدستور، ويتعين بالتالي دمغها بالبطلان وتجريدها من كل أثر Inopérantes. وقد يحملون القانون المطعون عليه على الصحة من خلال فهمهم المنطقي للنصوص التي احتواها، ولو أضافوا إليها معاني غير التي يدل ظاهرها عليها.

ولا يعني ذلك أن لجهة الرقابة على الدستورية، أن توجه المشرع إلى الشروط التي يكون بها القانون موافقاً للدستور، بل حسبها أن تتولى تقييم أحكامه على ضوء حقيقتها، لا أن تبدل منها، أو تدخل أوصافاً عليها تقربها من الدستور.

ذلك أن التفسير الحق لنصوص القانون – في تقابلها أو تعارضها مع الدستور – هو الذي يقيم علاقة منطقية بين مقدماتها ونتائجها، فلا يتخذ التفسير ذريعة إلى تكملة نقص فيها، ولا إلى تقرير شروط لتطبيقها لم ينص المشرع عليها، ولا إلى تعديل محتواها، سواء من جهة موضوعها أو المخاطبين بها؛ ولا إلى تحوير آثارها.

وإنما ينحصر محل الرقابة القضائية على الدستورية في النصوص ذاتها التي أقرها المشرع، والتي حدد على ضوئها مقاصده منها، فلا تحرفها جهة الرقابة لتوفقها مع الدستور، وليس لها أن تعيد صياغتها، ولا أن تعدل فيها، ولو كان هذا التعديل جزئياً.

ذلك أن وظيفتها القضائية تلزمها بأن يكون موقفها محايداً من النصوص القانونية المطعون عليها فلا تصححها بما يحور معانيها؛ أو بما ينحل لها من مفاهيم تناقض حقيقتها، خاصة وأن قضاة الشرعية الدستورية ينتسبون إلى جهة قائمة بذاتها، لا تختلط بالسلطة التشريعية أو تقوم مقامها. وعليها بالتالي ألا تفسر إرادتها بما يشوهها، وإنما تنزل عليها حكم الدستور بعد إستصفائها وقوفاً عليها.

وإنقاذها القانون المطعون عليه، ليس غاية في ذاتها. بل عليها أن تبطل أحكامه التي تظهر فيها المخالفة الدستورية بصورة واضحة، ولو كان من شأنها حكمها، تقوية الجبهة المعارضة للحكومة في حلبة الصراع السياسي بينهما.

وليس لها بالتالي أن تعلق حكمها بعدم دستورية القانون المطعون عليه، على استيفاء هذا القانون لشروط تتطلبها، وإن ساغ لها أن تبصر المشرع بالشروط التي تراها ضرورية لضمان صحة القوانين التي تقرها السلطة التشريعية مستقبلاً بما يكفل تحقيق تعاون بينهما في عملية صناعة القانون، ودون ما إخلال بالمهام التي يتولاها كل منهما أصلاً في حدود ولايته.

وفي تحديده لوظيفة القاضي الدستوري ذهب إلى:-

وينبغي أن يلاحظ على الأخص، أن الرقابة على دستورية القوانين لا تعتبر مجرد آلية من طبيعة فنية تقتصر أهدافها على مجرد إخضاع الدولة بكافة أجهزتها لمبدأ التدرج في القواعد القانونية. ولكنها أولاً وقبل كل شيء وسيلة إلزامها باحترام حقوق الإنسان وحرياته، وضمان تقيد دولة القانون لا بالقانون بوجه عام وأياً كان محتواه، وإنما بكافة القوانين التي تعبر عن قيم الحرية والمساواة والتسامح.

وجميعها حقوق تكفل انتفاع الأفراد بها في مواجهة الدولة التي قد تعارضها. فلا يكون اعترافها بها عن طريق مؤسساتها – والقضائية منها بوجه خاص – غير توكيد لسموها عليها، وتعميق للقيم الديمقراطية.

فضلاً عن أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين هي النتيجة المنطقية لفرائض الديمقراطية المعاصرة. ولا جرم في أن للديمقراطية مفاهيم مختلفة من بينها تلك التي تقيمها عن قاعدة الأغلبية البرلمانية التي جاوزها الزمن، أو على الأقل لم تعد كافية لتأسيس الديمقراطية. ذلك أن الديمقراطية الحقيقية اليوم، هي التي تتضمن – بين ما تشمل عليه – صون حقوق الإنسان، وتفترض وجود نظم لها فعاليتها تكفل لهذه الحقوق احترامها في مواجهة

الأغلبية البرلمانية التي قد تنتهكها حتى يفيد منها الأفراد بأقلياتهم وطوائفهم وألوانهم وأيا كان قدر اختلافهم فيما بينهم.

وقد تحقق للديمقراطية صحيح مفهومها منذ أن قرر المجلس الدستوري الفرنسي ١٩٩٠/١/١١ أن التعددية في الآراء والأفكار، هي أساس الديمقراطية. وصارت الديمقراطية بالتالي مفهماً قضائياً متحركا، وقاعدة للحكم القضائي على أعمال الدولة وتصرفاتها.

وشرعية جهة الرقابة أساساً انحيازها لقيم الدستور وانتصافها لحقوق الفرد وحرياته. وقراراتها التي تفرضها على الدولة بكل تنظيماتها، تعطيها مركزاً متميزاً على مؤسساتها يجعل تفسيرها للدستور نهائياً . فلا تراجعها فيه جهة قضائية أو غير قضائية.

وفي ذلك ما يحمل جهة الرقابة على الدستورية على أن تبصر أحكامها حقيقة الأوضاع التي تحيطها، وأن تقدر وجهات النظر المختلفة التي تتصل ببعض نقاطها؛ وأن تكون أسبابها متواصلة منطقياً في غير انقطاع، وتساندها في أصولها وفروعها مفضياً إلى منطوقها، دالاً على ارتباط مقدماتها بنتائجها. فلا تكون القاعدة الدستورية التي ترسيها جهة الرقابة إلا مرجحة مصالح لها خطرها ومنبئة عن تطور في اتجاه التقدم.

وفي ذلك المحيط تعمل جهة الرقابة على الدستورية التي تطرح بأحكامها القيم التي احتضنها الدستور. فلا تنظر إلى خياراتها في المسائل المعروضة عليها باعتبارها حلولاً نهائية لها . وعليها بالتالي أن تقبل بصورة مطردة كل تطور في المفاهيم التي تتحدد على ضوئها دستورية النصوص القانونية. وأن تقرر للمواطنين الحقوق الأكفل لمصالحهم. ولو لم ينص عليها الدستور، كلما أمكن ربط هذه الحقوق بأحكامه. وفي ذلك تعميق للديمقراطية[1].

---

(١) د. عوض المر المرجع السابق ص ٤٣٨.

وقد أوضح القاضي العظيم دقائق الدورة الداخلية لإصدار الحكم الدستوري بعد أن أوضح قيمة التفسير الذي تتبناه المحكمة وذهب إلى أن هناك عناصر خارجية ينبغي الاعتماد عليها في مجال الفصل في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، من بينها الأوضاع القاهرة التي أحاطتها عند صدورها.

إن إبطال بعض أجزاء القانون، لا يفيد بالضرورة إنهاء العمل بباقيه.

وإنما يجب فصل النصوص التي أبطلتها جهة الرقابة القضائية عن سواها من أجزاء القانون، وتطبيق باقيها على الفروض التي تواجهها، بشرط ألا يكون المشرع قد نظر إلى أحكام القانون جميعها باعتبارها واقعة في إطار وحدة عضوية لا تنفصم مكوناتها، وألا يكون منافياً لحكم العقل تطبيق ما بقي من نصوصه بعد إبطال أجزائه المناقضة للدستور.

أن القيود التي تحد من السلطة التشريعية من ولاية جهة الرقابة القضائية على الدستورية بما يخرج عن حدود تنظيمها، تكون عديمة الأثر قانونا. وليس لها كذلك أن تمنعها من تطبيق قانون في نزاع معروض عليها، أو من الفصل في دستوريته ، إلا بناء على نص في الدستور.

أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية، لا يجوز أن تتسامح في القيود التي يفرضها المشرع على الحرية، إلا بقدر ضرورتها، واتفاقها مع القيود التي تقابلها، والمعمول بها في الدول الديمقراطية الحرة.

أن النصوص القانونية ينبغي أن ترتبط عقلاً بالأغراض التي تتوخاها، بما يكفل لهذه النصوص – كوسائل اتخذها المشرع – تحقيقاً الأغراض التي إستهدفتها.

إن الاجتماع ليس مطلوباً في قضاء جهة الرقابة القضائية على الدستورية، إذ الأصل هو أن تنقسم آراء قضاتها بين مؤيد ومعارض لغالبيتهم،

وأن يكون موقفهم من حكمها إما انحيازا لمنطوقه والدعائم التي قام عليها، وإما استقلالا عنها بما يعارضها كلية، أو يوافقها في بعض أجزائها.

يفترض في النصوص القانونية المطعون عليها موافقتها للدستور، وهو ما يقتضي تفسير هذه النصوص – بقدر الإمكان – بما يجنبها مناقضة أحكامه.

بيد أن هذا الافتراض لا يؤخذ به على إطلاق، بل يتعين حصره في نصوص الدستور التي تنظم تقسيم السلطة وتوزيعها، دون حقوق الأفراد وحرياتهم التي يعامل كل عدوان تشريع جسيم عليها باعتباره مشتبهاً فيه، مقتضياً رقابة صارمة أساسها أن تقييد الحرية لا يجوز إلا لمصلحة قاهرة ، وبأقل الوسائل إخلالاً.

والأصل في جهة الرقابة على الدستورية، هو أن تبدأ مداولاتها بعد أن يقوم رئيسها بعرض لواقعة النزاع وبيان حكم القانون بشأنها بصورة مبدئية ، ثم يليه بعد ذلك الأقدم فالأقدم من قضاة هذه الجهة.

وبانتهاء هذه المرحلة التي تتناول عرض القضية المطروحة من جوانبها الواقعية والقانونية، يدلي القضاة بأصواتهم بدءاً من أحدثهم وانتهاء بأقدمهم، حتى لا يتأثر الأحدثيون في إبدائهم لآرائهم بوجهة نظر الأقدمين، وإن كان ذلك مشكوكاً فيه إلى حد كبير، على تقدير أن من المفترض في الأقدمين أنهم أفصحوا عن توجيهاتهم في المرحلة الأولي من مداولاتهم، بل إنهم قد يتدخلون في مرحلة الاقتراع قبل اكتمالها ، بإبدائهم لوجهة نظر يرون صوابها بما يؤثر على الأحدثين.

ولا خرج من هذه الصعوبة إلا قيام جهة الرقابة على الدستورية بإجراء مداولاتها في مرحلة واحدة يندمج فيها عرض واقعة النزاع وشروحها، بالاقتراع على حكم الدستورية في شأنها، لا من رئيسها ثم الأقدم فالأقدم من قضاتها. بل من أحدثهم صعوداً إلى أقدمهم، وهو ما عليه العمل في المحكمة الدستورية العليا وبانتهاء المداولة في القضية المعروضة، يقوم عضو جهة

الرقابة بإعداد مشروع حكم يبلور فيه وجهة نظر الأغلبية، بعد أن يكون رئيس هذه الجهة قد أحال إليه القضية التي يتعلق بها هذا المشروعات.

وما ينبغي أن يلاحظ في هذا الشأن، هو وجود نظامين لتوزيعها القضايا:

أحدهما: أن يوزع رئيس جهة الرقابة القضائية على الدستورية القضايا على أعضائها قبل إجراء أية مداولة في شأنها. وعندئذ يصبح هذا العضو مقرراً للقضية التي أحالها إليه رئيس هذه الجهة. فلا تبدأ مداولاتها بين أعضائها إلا بعد أن يعرض المقرر واقعة النزاع، بجوانبها المختلفة مع تصور مبدئي لحكم القانون بشأنها. ثم يقوم كل عضو – بدءاً من أحدثهم وانتهاء بأقدمهم ، بإبداء وجهة نظره الواقعية والقانونية – في النزاع المطروح[1].

وثانيهما:- أن يقوم رئيس جهة الرقابة على الدستورية – وبعد انتهاء مداولاتها المبدئية – بتوزيع كل قضية على من يختاره من أعضائها.

وفضل هذه الطريقة على الطريقة الأولي، هو أن عملية التوزيع في الطريقة الثانية لا يجريها الرئيس إلا بعد وقوفه على آراء الأعضاء جميعهم، وتعرفه على من يكون من بينهم أكثر قدرة على إعداد مشروع الحكم من زاوية معلوماتية الأعمق، أو توجهاته الأقرب من صورة النزاع وحقيقته. فلا يكون الاختيار إلا للأقدر على تدوين مسودة الحكم في صورتها الأولية.

وينعكس ذلك بالضرورة على عمل جهة الرقابة القضائية على الدستورية، وعلى الدور الذي يلعبه رئيسها في مجال تنشيطها. وهو دور يظهر بوضوح متى اختار الرئيس قاضياً من الأغلبية يكون أكثر اقترابا من الأقلية في وجهة نظرها، حتى يحصل على توافق في الآراء حول الصيغة النهائية لمشروع الحكم قبل صدوره.

---

(١) هذه الطريقة هي المعمول بها في المحكمة الدستورية العليا.

قد يختار الرئيس أن يعد هو مسودة مشروع الحكم في القضايا الحيوية، أو التي تعتبر علامة بارزة في اتجاه تعميق دور المحكمة.

وفيما عدا هذا الاستثناء، فإن القاضي الموزعة عليه القضية هو الذي يقوم بتدوين مشروع الحكم الصادر فيها، باذلاً في ذلك كل جهده بالتعاون مع معاونيه في بعض النظم، ومنفرداً في نظم أخري(١).

ثم يعرض هذا المشرع في صورته المبدئية على القضاة جميعهم. ويعتبر هذا العرض محورياً في مجال تحديد الصورة النهائية للدعائم التي يقوم عليها الحكم. ذلك إن القضاة – ومن خلال سبرهم لهذا المشروع وإستشرافهم أبعاده – قد يغيرون من أصواتهم، وينحازون لفريق دون آخر. فلا تكون موافقتهم في صورتها النهائية، غير طرح جديد لموضوع النزاع، على نحو يؤدي إلى انقسامهم وتبعثر أصواتهم، أو إلى تكتلهم من جديد في اتجاه دون آخر.

وهو ما يعني أن القضاة قبل أن يتخذوا قراراً نهائياً في مشروع الحكم المعروض عليهم، يتبادلون الآراء فيما بينهم حتى في أحادثهم التليفونية أو الجانبية أو عن طريق أوراق يتبادلونها، فيما بينهم، أو على موائد الطعام التي تجمعهم، أو تضم فريقاً منهم.

ومنهم من يعرض أكثر من تعديل على مشروع الحكم، أو يقترح صياغة جديدة أكثر من مرة حتى يظهر في الصورة النهائية التي يوافق القضاة عليها.

وكثيراً ما يفض تعمق مشروع الحكم من خلال تقليبه على أوجهه المختلفة فيما بين القضاة الذين يمحصونه ، إلى تحول أصواتهم وانقلابها، وإلى تبادل الأغلبية والأقلية لمواقعيهما.

---

(١) في الولايات المتحدة الأمريكية يعد القاضي المشروع المبدئي لمسودة الحكم بالتعاون مع من يتبعه من المتخصصين من علم القانون العاملين في مكتبه Law Clerks ولا وجود لمثل هذا النظام في مصر.

بل إن القاضي المعهود إليه بإعداد مشروع الحكم، قد يلفت نظر زملائه إلى أوجه الخطأ فيه، ويعرض عليهم نواحي هذا الخطأ مرفقاً بها تصوره الجديد لمشروع بديل . فإذا أقروه، كان ذلك هو الحكم النهائي في الدعوى.

وفي ذلك مؤشر واضح على الضغوط النفسية التي يتعرض لها القاضي الذي يعد مشروع الحكم. إذ عليه أن يصوغ هذا المشروع بطريقة تعبر بدقة عما قصدته الأغلبية حقاً وصدقاً، وأن يكون كافياً – في الدعائم التي يقوم عليها – لقبولها به.

وسعيه في ذلك يدل على الإستراتيجية التي يختطها في مجال إقناعهم بوجهة نظره. وهو يخاطبهم جميعاً وكأنه يرقص كالمقاتلين بسيوفهم، كي يصل إلى نتيجة يؤيدونها دون أن تصيبه نصالهم. فلا يكون المشروع النهائي للحكم، إلا ثمرة توازن دقيق بين وجهات نظر مختلفة ، تؤيدها دعائم كافية للحكم يكون مدخلها تفاوضاً مضنياً، أو حتى المساومة أحياناً.

ولا كذلك القضاة الذي يدونون آراء منفصلة – موافقة أو معارضة للأغلبية – ذلك أنهم لا يتحدثون باسم المحكمة.

وبينما يفصح المعارضون للأغلبية عن رأيهم في انطلاق، فإن القاضي الذي يعبر عن وجهة نظر الأغلبية، كثيراً ما يكون حريصاً، يعطي لكل كلمة تضمنها الحكم وزنها، نائياً بها عن احتمال تعدد تأويلاتها. فلا تكون الكلمة إلا في سياق عبارة تتصل بها. ولا تكون العبارة في مجملها إلا تعبيراً متكاملاً عن حقيقة المقصود بها.

وليس لهذا القاضي بالتالي، أن يعطي تصوراً عما ينبغي لجهة الرقابة على الدستورية أن تحذوه مستقبلاً، وإن كان ذلك هو ما ينحاه المخالفون للأغلبية، الذي يتصورون غالباً أن آرائهم تبلور الحقيقة التي نقضها الحكم الذي خالفوه، وأن جهة الرقابة على الدستورية لابد أن تعدل يوماً عن خطئها السابق.

وهم إذ يعلنون مخالفتهم لرأي الأغلبية قبل أن يصدر به الحكم فإنهم ينتقدون هذه الأغلبية في واقع الأمر.

وقد يكون جهرهم بأنهم يعارضونها، بمثابة تهديد للأغلبية يحملها على أن تصوغ حكمها في حدود ضيقة تحد بها من اتساع عباراته، أو تخفض من لهجتها ونبرتها، بما مؤداه أن توزيع مسودة مشروع الحكم على القضاة في مجموعهم، ينير الطريق إلى بلورة أحد لأرائهم، وإلى دعائم أوثق لحمل الحكم عليها، وإلى اختيار العبارة الأدق لضبط معانيه، وإلى التركيز على صورته الإجمالية، كي يكون أكثر إقناعاً وحسماً.

وفي إطار هذه المنظومة المتكاملة لعملية اتخاذ جهة الرقابة القضائية على الدستورية لقراراتها – الناجمة عن قدرة على أجراء الحوار، ورغبة صادقة من القضاة في النظر في الدعائم التي يقوم عليها المشروع، وتقريبها من وجهة نظرهم، ومحاولة تعديلها قدر استطاعتهم، ليكون الحكم النهائي أكثر تعبيراً عن آراء متوافقة متوازنة – لا يكون دور رئيسها جانبياً، وإنما يظهر بين زملائه كرمز للجهة القضائية التي يرأسها، The Tituler Head . فهو يعد جدول القضايا التي تنظرها، ويدير مداولاتها، ويتصدر جلساتها، ويقود الحوار في النقاط التي يدور الجدل من حولها. وهو – فيما بين زملائه الأول بين نظراء A First Among Equals، والأكثر اتصالا بالجهة القضائية التي يرأسها باعتباره متولياً أدق شئونها، كافلاً تكاملها في إدارة مهامها، واتخاذ ما هو هام من قراراتها، مؤثراً في اتجاهاتها. وعلى ضوء شخصيته وقوته وتميزه، يتحدد لهذه الجهة طريقها سلباً أو إيجاباً فلا تنطبع عليها غير صورته في عزمها ولينها؛ وفي انطلاقها وتراجعها، وفي حيويتها وخفوتها، في نهوضها وكبوتها.

وتوازن جهة الرقابة على الدستورية بين طبيعة المسائل التي تنظرها وتعقدها من جهة، وضرورة نظرها بما يجنبها بيروقراطية الفصل فيها من ناحية ثانية.

ذلك أن تقرير هذه الجهة وعلو مكانتها، مرتبط بكفاءتها في إنجاز عملها، وبقدرتها على حسم المسائل التي تعرض عليها دون تردد ، خاصة ما يتعلق منها بالملكية وبالحرية وبالحق في الحياة.

كذلك ، فإن ما ينبغي أن تتسم به هذه الجهة، هو أن يكون التعاون بين قضاتها بديلاً عن التناحر . فلا تجد الآراء المتصلبة طريقها إليهم، بل ينبغي أن يكون تنافسهم من أجل الحقيقة، وخلافهم دائر حولها، وجدلهم مهنياً لا شخصياً، خاصة وأن كثير من المسائل التي يتناولونها ببحثهم تثير نقاط قانونية بالغة الدقة، وقد تختلط فيها السياسة بالقيم الاجتماعية والخلقية كذلك المتعلقة بعقوبة الإعدام، والإجهاض، والحقوق المدنية، ومفهوم المطبوع الداعر، وقواعد تطبيق شرط الحماية القانونية المتكافئة، وصور العدوان على الأفراد من خلال تعذيبهم أو إهانتهم، أو احتجازهم بدون حق.

وانتصارهم للحقيقة وحدها، يدعوهم في بعض الدول إلى إعلان آرائهم المخالفة – التي قد تكون أحياناً حادة في نبرتها – وتسجيلها(١).

كذلك فإن بعض الآراء المخالفة، لها من قوتها، ومتانة حجتها، وعمق تأصيلها لنقاط التوافق والتعارض، ما يجعلها مستقبلاً جاذبة لأغلبية جديدة تنحاز لها.

---

(١) في بعض النظم كمصر ، لا يعرف أحد من الذي دون الحكم، وما هي حقيقة الاعتراضات التي أبداها بعض قضاة المحكمة عليه. إذ يظل كل ذلك مكتوماً عن الناس تذرعاً بقاعدة سرية المداولة التي نخرج بها في مصر عن مفهومها الصحيح. ذلك أن السرية لا ينبغي أن تحول دون أن يكون للقضاة كلمتهم التي يعبرون بها عن موقفهم من الحكم سواء بتأييده أو انتقاده، لأن ذلك وحده إثراء للجدل المهني وتبصير للرأي العام بأن هناك مسائل خلافية لم ينحسم أمرها بعد عند القضاة المخالفين، وأن لكل من المؤيدين والمعارضين للحكم وجهة نظر مدعومة بالحجج القانونية وفي ذلك إثراء للبحث العلمي بديلاً عن القاعدة المعمول بها في مصر التي تدعو إلى التواكل والسلبية، وكذلك الانتهازية أحياناً، من خلال تكتل بعض القضاة لدعم اتجاه خاطئ؛ وهم آمنون أن أحداً لن يعرف شيئاً مما يفعلون.

وهو ما يعني أن الآراء المخالفة تؤكد استقلال القائلين بها، وأنهم لا يميلون لغير الحقيقة التي يؤمنون بها، وأن مردها إلى تعقد المسائل التي يبحثونها، وأن من يبدونها لا يندرجون في إطار كتلة محافظة، أو متحررة ، داخل جهة الرقابة القضائية على الدستورية، وإنما يعبرون من خلالها عن وجهة نظر قانونية يرونها أكثر صواباً.

وهي في مصر لا يجوز لقاض في المحكمة الدستورية العليا، أن يعلن عن موقفه من الحكم الصادر عنها في نزاع معين، ولو كان رأيه أكثر صواباً، وحجته أكثر إقناعاً، وفهمه لواقعة النزاع وبصره بجوانبها، حديداً.

وإنما يظل رأيه مكتوماً، ودعائمه غائبة عن أن تتصل يد بها، والحقيقة التي آمن بها مطمورة في زوايا النسيان، فلا يكون لاجتهاده من فائدة، ولا إحاطته بأبعاده موضوع معين منتجاً.

وعليه بالتالي أن ينضم إلى القضاة الذي خالفهم، وأن يوقع الحكم معهم، وكأنهم جميعاً متفقون فيما بينهم على مضمونه وأبعاده.

وحتى القاضي الذي صاغ الحكم بيده، وعبر فيه عن رأي الأغلبية بألفاظه، وبالدعائم التي ساقها باجتهاده، لا أحد يعرفه.

ومثل هذا التنظيم القائم على التذرع بسرية المداولة، تقارنه محاذير كبيرة أهمها:

<u>أولاً:</u> أن لكل قاض شخصيته وثقافته وتوجهاته التي ينفرد بها. فإذا كان التنظيم القائم يجهل به، فإن دوره في جهة الرقابة القضائية على الدستورية، وقدر إسهامه في نشاطها، يظل خافياً.

وهو ما يناقض ما عليه العمل في الدول المتحضرة جميعها، وفي محكمة العدل الدولية ذاتها التي تفصل في مسائل بالغة الدقة يتعلق بعضها بحقوق

السيادة التي تتنازعها الدول التي تمثل أمامها. ذلك أن القضاة لا يتفاضلون على بعضهم إلا من خلال جهدهم ممثلاً في أحكامهم التي دونوها بأيديهم.

وبقدر ثقافتهم، وعمق وعيهم، وحدة ذكائهم، ونوع أبحاثهم القانونية، ودرجة ثرائها، يكون لأحكامهم ولاجتهاداتهم قيمتها وأصالتها. وفي ذلك تقييم لكل قاض من منظور موضوعي.

ثانياً:- أن لسرية المداولة مفهوماً ينبغي أن ينحصر في المرحلة السابقة على صدور الحكم، والمتعلقة بما يثور بين القضاة من حوار وجدل حول المسائل المتنازع عليها، ومحاولتهم التوفيق بين جوانبها، ونظرهم في مشروع الحكم المقدم بشأنها، وتعديلهم بعض أجزائه ومراجعتها، حتى يظهر في الصورة التي يرتضونها.

فإذا ما صدر الحكم، فإن ما اتفق عليه القضاة، وإن كان يبلور رأي الأغلبية التي يصدر الحكم عنها، إلا أن الحكم يظل منسوباً في صياغته إلى القاضي الذي أعلنه باسمها.

أما القلة التي تعارضه، فإن من حق كل فرد فيها أن يسجل علانية رأياً مخالفاً للأغلبية، لا ليحط من قدرها، وإنما ليدعم وجهة النظر التي يؤمن بها، فلا ينزع إلى آراء لم يقم بدراستها، أو بحثها بصورة عرضية غير نافذة، أو انحاز فيها إلى فريق دون آخر بغير وعي بنتائجها، أو إبدائها دون غوص في بحارها. وإنما يعلن رأياً موثقاً ومدعوما ، قائماً على ما يراه أكثر صواباً وأمتن عارضة. فلا يكون رأيه المناقض للأغلبية إلا إثراء للحقيقة القانونية، مؤكداً استقلال شخصيته، ويقظة ضميره.

ثالثاً:- أن ما نلحظه اليوم في كل جهة قضائية، أن سرية المداولة هي الذريعة التي يتخفي وراءها بعض القضاة الذي يتسلبون من واجباتهم، فلا يعيرونها التفاتا، قانعين بأن تدير الحوار وتوجهه قلة من بينهم فلا يحتاجون إلى مبادلتها عمق بعمق، ولا إلى الرد على حججها بما يقابلها. وإنما يؤثرون صمتاً أو دوراً متضائلاً، بدلاً من أن يكون جهدهم علماً نافعاً.

رابعاً:- أن من حق القضاة الذي تتناضل آراؤهم مع زملائهم في إطار من الحقائق العلمية ، أن يكون موقفهم من الأغلبية واضحاً وقاطعا.

فإن هم عارضوا وجهة نظرها، فإن تسجيلهم لآرائهم هو الضمان لبيان نواحي الخطأ والقصور في الحكم فلا يركنون إلى كثرة جانبها الحق، ولا يقترعون لصالحها ممالأة لها، ولا يعارضونها بغير حجة ظاهرة، وإنما يحرصون على الحقيقة حتى لا تحيط بها الظلمة التي تطمسها.

خامساً:- إن الذي وضعوا الدستور، صاغوة في لغة عامة تاركين للأجيال القادمة مهمة مواءمة هذه اللغة مع أوضاع تتغير باطراد في الجماع التي تعايشها.

وهذه اللغة العامة، هي التي تتحقق بها المرونة الكافية التي يواجهه بها القضاة صوراً من النزاع لم يكن الدستور قد توقعها، أو ما كان لها أن تثور أصلاً لولا تخلي السلطتين التشريعية والتنفيذية عن واجباتهما الدستورية[1]، مما حمل جهة الرقابة القضائية على تقرير حلول قضائية تقدم بها الترضية الملائمة لهذا الأوضاع.

ذلك أن قضاة جهة الرقابة على الدستورية، وإن كانوا غير مسئولين أمام أحد، إلا أنهم ضمير أمتهم وصوتها، فلا يكون تدخلهم على هذا النحو، إلا تطويراً للدستور بصورة تعمق حياته وتثريها A living constitution with a vengeance.

ولئن صح القول بأن جهة الرقابة القضائية على الدستورية لا تزدهر بغير قضاتها الذين يفسرون اللغة العامة للدستور، وتعدد تأويلاتهم بشأنها، إلا أن واجبهم يلزمهم بأن يكونوا أكثر يقظة في مجال ربط نصوص الدستور ببعضها، واستخلاص ما يكون من معانيها أكثر اتفاقا مع روح العصر.

---

(١) من بين ذلك تخلي السلطة التشريعية في مصر عن تنظيم كثير من المسائل الشائكة في العلاقة بين المؤجر والمستأجر مما حمل المحكمة الدستورية العليا على التدخل فيها من خلال الحلول القضائية التي قررتها لها".

فلا تكون مناقشاتهم حول معاني الدستور، وما ينبغي أن يعتبر تطويراً لأحكامه، جدلاً دائراً في غرفة مغلقة لا يتصل أحد بها ، بل يتعين في مرحلة بذاتها أن تكون آرائهم معلنة وقوفاً عليها وتبصيراً بها، وإلا صار نقاشهم عقيماً لا يجاوز اللحظة الزمنية التي تم فيها، ومجهلا، فلا يعرفه غير القضاة الذي أداروه.

سادساً:- ويزيد من دقة الأمر أن ما يعتبر مطلوباً اليوم من جهة الرقابة القضائية على الدستورية، ليس موقفاً سلبياً من الدسور. بل قوة دافعة ومتدفقه لا تضيق من حقوق الأفراد وحرياتهم أو تضييق بها، بل توسعها، ولا تغض بصرها عن أوضاع الأقلية، بل تمد يدها إليها لحمايتها، ولا تكفل لكل جماعة أسيء تمثيلها Underrepresented غير دعم يوازن بين حقوقها وواجباتها.

ومما يتصل بعمل جهة الرقابة على الدستورية، أن نشاطها ينبغي أن يمتد إلى مناطق غير مطروقة، وإلى تعميق مناطق مألوفة دروبها، وإلى فرض قيم تراها الجماعة ضرورية لتقدمها، أو تكون لازمة لإصلاح شأنها(١)، بما يعيد التوازن في المصالح ، بين قطاعاتها المختلفة.

وقد يقال بأن توقد نشاطها على هذا النحو ، يعود في مضمونه ومداه، إلى قضاة متحررين ، متوثبين، يناهضون زملاء لهم متحفظين أو خاملين. إلا أن تبسيط الأمور على هذا النحو لا يفسر النهج التقدمي لجهة الرقابة القضائية، وربما عقد هذا التفسير.

---

(١) ومن ذلك قيم التوازن في المصالح التي فرضتها المحكمة الدستورية العليا في أحكامها العديدة التي أبطلت بها كثيراً من النصوص القانونية التي تنظم العلاقة بين المؤجر والمستأجر Landlord – tenant relationship (إنظر في ذلك حكمها في القضية رقم ١١ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" – جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥، قاعدة رقم (١) ص ١٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها).
كذلك فإن الشروط التي يقوم بها حق المرأة في إجهاض نفسها، قد تكون من بين هذه القيم، ويندرج تحتها كذلك القواعد التي تنظم حق الاقتراع العام، وشروط الاستخدام في الوظيفة العامة، وشروط استعمال الوسائل الواقية من الحمل Birth control

والأدق أن يقال بأن نشاطها ينبغي أن يتأثر بعدد من العوامل تعود في أغلبها إلى التدخل المتزايد للسلطة حتى في أخص الشئون، وإلى دخول الطبقة المتوسطة بقوتها الداعية إلى مزيد من الإصلاح في الأوضاع التي تتعامل معها، وإلى رحابة التعليم القانوني واتساع دائرته، وإلى فهم أعمق لنوع من القضايا التي تبرز فيها مصالح الجماهير العريضة Public – interest litigauon ، وإلى قيود وسائل الإعلام وضغوطها؛ وإلى رفض كل طغيان للأغلبية على الأقلية؛ وإلى ضرورة تقرير حلول كاملة تحيط بالمسائل المتنازع عليها؛ وإلى رفض أنصافها أو جوانبها التوفيقية التي تدعو إليها السلطة السياسية وإلى ترسم كل سلطة ضوابط المعقولية في تصرفاتها؛ وإلى أن اقتصاد السوق ينبغي أن يكون متوازناً وخلقياً ونائياً عن الاحتكار، وقائماً على التنافس المشروع، وغير طارد لكل مشروع صغير.

وعلى جهة الرقابة على الدستورية أن تدخل هذه العوامل جميعها في اعتبارها، وأن تزن كل واقعة بما يناسبها، وأن تكون الحلول العادلة هي نهاية بحثها؛ فلا تعبأ في أحكامها بأثرها على المواطنين؛ ولا بقبولهم أو رفضهم لها؛ ولا بأثرها على السلطة التي قد تعارضها.

فذلك كله بعيد عن مهامها، غير متصل بحدود ولايتها، ولا بالقيم التي يجب أن ترعاها، ولا بالصورة التي يتعين أن تكون عليها أحكامها؛ ولا بأن يكون إقدامها متوهجاً بضوء الحقيقة التي تتحدد على ضوئها خطأها[١].

---

(١) ولنا أن نتساءل الي ضوء الحقيقة أفضل من إظلامها. وهل يتحقق للحكم الصادر في المسائل الدستورية، دوره الإيجابي في الإطلال على الحقيقة، إذا ظل رأي المخالفين لأغلبيته محجوباً. إن بعض الذين يدافعون عن نظام سرية المداولة المعمول به في مصر، هم قضاة استناموا للتواكل والسلبية. ذلك أن إبدائهم لآراء مخالفة يلزمهم بالإجتهاد، وهم لا يحرصون عليه. أما القول بأن إعلان القضاة المخالفين، لآرائهم، يخل بالصيغة الواجبة في الحكم القضائي؛ فوصم للمواطنين في مصر بالجهل، وبأنهم أقل وعياً ووزناً من شعوب أخري. د. عوض المر المرجع السابق ص ١٣٦.

وهو ما يوضح بجلاء أن القضاء الدستوري يعقد دائماً على المبادئ العامة والعليا السائدة في نصوص الدستور لاستخدام سلطته في تفسير النصوص وتحديد المفاهيم أو ما يطلق عليه عند بعض الباحثين الفكرة القانونية السائدة في المجتمع السياسي(١)، وهو ما يؤكد وجود اعتبارات غير قانونية تحكم عمل القاضي الدستوري هي عوامل واعتبارات كثيرة ومنها ما هو مرتبط بشخص القاضي نفسه ومنها ما يرتبط بواقعة والظروف الخاصة بالمجتمع الذي يعيش فيه وهو ما أوضحه أحد الفقهاء في دراسته عن الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري.

---

(١) د. عصمت عبدالله الشيخ الرقابة الدستورية والفكرة القانونية السائدة في المجتمع السياسي ، بحث مقدم لمؤتمر جامعة حلوان سنة ١٩٩٩ ص ٥٤٩.

المبحث الثاني
الاعتبارات العملية

ذهب أحد الفقهاء[(١)] في تحديد مفهوم الاعتبارات العملية التي تحكم القاضي بصفة عامة والقاضي الدستوري بصفة خاصة إلى أنه لا يوجد مفهوم واحد للاعتبارات العملية في القضاء، وإنما توجد مفاهيم متعددة لها، سوف نبينها أولاً، وبعد ذلك نعرض أمثلة للاعتبارات العملية في الروابط الخاضعة للقانون الخاص، وبعض تطبيقات لهذه الاعتبارات في القضاء الجنائي، وفي القضاء الإداري. وأخيراً ، نبرز الدور الواسع للاعتبارات العملية وأهميتها الكبيرة في القضاء الدستوري. ونخصص لكل مسألة من هذه المسائل مبحثاً مستقلاً.

قد يعهد المشرع للقاضي بدور محدود في تطبيق القانون يتمثل في تطبيق الأثر الذي ينص عليه القانون على واقعات الدعوى دون أن يترك له أي قدر من الاختيار إذا توافرت في هذه الواقعة الأوصاف التي حددها المشرع تحديداً مجرداً في القانون. في هذه الحالات تكون سلطة القاضي مقيدة ولا يكون هناك مجال لمراعاة أية اعتبارات من طبيعة عملية أو واقعية.

ولكن المشرع لا يمكنه أن يحدد بشكل جامد في نصوص القانون الحلول المناسبة لجميع المنازعات والواقعات باختلاف صورها، كما لا يمكنه أن يحدد أثراً قانونياً واحداً لهذه المنازعات والواقعات بغض النظر عن الظروف والملابسات التي تحيط بكل واحدة منها، فمثل هذا التحديد الجامد قد يتنافى مع مقتضيات العدالة التي توجب تمتع القاضي بقدر من الحرية في اختيار الحل الملائم للنزاع بجميع ما يحيط به من ظروف وملابسات واقعية، ولذلك فإن المشرع يمنح القاضي، في كثير من الأحيان، سلطة تقديرية في اختيار الأثر

---

(١) د. يسري العصار دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري دراسة مقارنة سنة ١٩٩٩ دار النهضة العربية.

القانوني الذي يترتب على الواقعات المعروضة عليه، وذلك من بين الحلول والبدائل التي ينص عليها القانون بطرقة تتسم بالمرونة.

وهكذا تسمح السلطة التقديرية التي يعترف بها المشرع للقاضي بتفريد الآثار التي تتضمنها القواعد القانونية، بمعنى أن تتسع صلاحيات القاضي بحيث يختار لكل واقعة من الواقعات التي تعرض عليه الأثر القانوني أو الحل الذي يتناسب مع الظروف والملابسات الفعلية التي تحيط بهذه الواقعة.

ومن ناحية أخري، فإن القاضي يراعي الاعتبارات العملية في أحكامه حينما يقوم بتفسير نصوص القانون وفقاً لمقتضيات التطور الفكري والسياسي والاقتصادي والاجتماعي، ذلك أنه قد تطرأ ظروف وأحداث جديدة لم تكن تخطر بذهن المشرع وقت وضع القانون مما يوجب على القاضي إعمال نشاطه التقديري لتطوير تفسير نصوص القانون لكي تتواءم مع الأوضاع الجديدة في ضوء الغاية من هذه النصوص، وعدم الاقتصار على التفسير الحرفي لها. فالقانون . في واقع الأمر، هو ترجمة حقيقية للفكر السائد وللظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي يمر بها المجتمع في مرحلة زمنية معينة. وقد تتغير هذه الظروف دون أن يتدخل المشرع لتعديل نصوص القانون، ومن ثم يكون على القاضي واجب مواءمة هذه النصوص مع التطورات الجديدة عن طريق أخذ هذه التطورات في الحسبان عند تفسير نصوص القانون.

ومن ناحية ثالثة، فإن القاضي يراعي الاعتبارات العملية المتعلقة بالنزاع المعروض عليه حينما يجتهد من أجل إيجاد حل لهذا النزاع في الحالة التي لا يجد فيها نصاً في القانون أو عرفاً يحكم هذا النزاع. ولا مراء في أن لجوء القاضي في هذه الحالة إلى تطبيق الحل الذي يتفق مع القانون الطبيعي وقواعد العدالة، ما هو إلى انعكاس لفكرة القاضي ذاته واجتهاده الشخصي، في ضوء الظروف والملابسات الواقعية الخاصة بالنزاع المطروح أمامه.

هذه الفروض العديدة التي يراعي فيها القاضي الإعتبارات العملية التي

تثور أمام القضاء في فروع القانون المختلفة، وفيما يتعلق بالقضاء الإداري والقضاء الدستوري فإن الاعتبارات العملية تحظي بمكانة واسعة الأهمية فيهما. فالقاضي الإداري كثيراً ما يستبعد قواعد القانون الخاص من التطبيق على الدعوى المرفوعة أمامه، ويبتكر مبدأ قانونياً عاماً يتلاءم مع طبيعة الروابط الإدارية التي لا تقوم على مصالح خاصة وإنما تقوم على التوازن والتوفيق بين مصالح الأفراد وحرياتهم الخاصة، والمصالح العامة التي تتمثل في تمكين الدولة من إدارة المرافق العامة على الوجه الأمثل الذي يعود بالمنفعة علي جميع أفراد الجماعة.

ونتيجة لهذا الدور الإنشائي للقضاء الإداري فإننا نجد أن معظم المبادئ العامة للقانون الإداري ترجع في أصل نشأتها إلى القضاء الإداري الذي ابتكرها وهو بصدد الفصل في المنازعات المرفوعة أمامه. وكثيراً ما يتدخل المشرع بعد ذلك ويقنن هذه المبادئ القانونية العامة التي استنبطها القضاء الإداري.

وكل من القاضي الإداري والقاضي الدستوري يستبعد تطبيق القواعد القانونية العادية، التي وضعها المشرع لكي تنطبق في الأحوال العادية، وذلك إذا حدثت في ظروف استثنائية خطيرة تهدد كيان الدولة. ويطبق كل من القاضي الإداري والقاضي الدستوري في هذه الحالة قواعد جديدة تناسب الظروف الاستثنائية وترتبط وجوداً وعدماً مع الضرورة التي دفعت القاضي إلى تطبيقها. وحتى في الفرض الذي يقنن فيه المشرع حالة الضرورة ويفرد لها تنظيماً تشريعياً فإن كل من القاضي الإداري والقاضي الدستوري قد يجد هذا التنظيم التشريعي غير كاف للحفاظ على كيان الدولة من الخطر الداهم الذي يهددها ويجد القاضي نفسه مدفوعاً إلى مراعاة هذا الاعتبار وابتكار الحل القانوني الذي يمكن الدولة من واجهة الظرف الاستثنائي الذي تمر به، مع التوفيق بين هذا الهدف ووجوب مراعاة الحقوق والحريات الفردية، وعدم المساس بها إلا في الحد الأدنى الضروري اللازم للمحافظة على كيان الدولة ونظامها العام.

ومن أهم مظاهر الاعتبارات العملية في القضاءين الإداري والدستوري القيود الذاتية التي يضعها القاضي على سلطاته، وقيام القاضي، في بعض الأحيان بمناسبة دعوى معينة أو طلب معروض عليه، بالعدول عن التفسير الذي يتفق مع صريح نص القانون (بالمعنى الواسع لهذا المصطلح)، والذي يكون محل اتفاق أو إجماع بين الشراح والمفسرين إلى تفسير آخر بعيد عنه، وذلك إذا قدر أن تطبيقه للتفسير الأول من شأنه أن يضر بالسياسة العامة للحكومة ضرراً جسيماً، أو تنتج عنه أزمة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية.

فالقاضي يضع، بمحض إرادته واختياره الواعي، قيوداً ذاتية على سلطاته، وعلى نطاق الرقابة القضائية التي يمارسها، وذلك بهدف تجنب إغضاب الحكومة وعدم إعطائها ذريعة لكي تتهمه بأنه يعرقل جهودها وسياستها، وتلجأ بناء على ذلك إلي إلغاء القضاء الإداري أو الدستوري، أو الحد من سلطاتهما وصلاحيتها. ويفسر بعض الكتاب هذه السياسة بحق بأنها ترجع إلى "اعتبارات حق البقاء" لدي القضاءين الإداري والدستوري الذي يدفعهما إلى الدفاع عن وجودهما بجميع الطرق باعتبارهما ضمانة جوهرية للمشروعية ولسيادة القانون (بالمعنى الواسع)[١].

كما أن كلاً من القاضي الإداري والدستوري يقدر ، قبل إصدار أحكامه، الآثار التي من شأنها أن تترتب عليها في المجال السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي. إذا وجد أن الحكم الذي يتعين عليه إصداره قد تنتج عنه أضراراً بالسياسة العامة للحكومة أو أزمة سياسية أو اقتصادية أو آثار اجتماعية خطيرة فإنه يفسر نصوص القانون (بالمعنى الواسع) بالطريقة التي من شأنها ألا تعرقل السياسة العامة للحكومة ولا تتسبب في حدوث أزمة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية حتى ولو كان هذا التفسير الجديد يناقض مع ظاهر النصوص أو مع التفسير الذي أجمع عليه المفسرون.

---

(١) الدكتور/ ماجد راغب الحلو: القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص ٣٩٧.

وهذه الصورة الأخيرة للاعتبارات العملية أكثر ظهوراً وتطبيقاً في القضاء الدستوري نظراً لطبيعة المهمة التي يقوم بها في رقابة دستورية القوانين وتفسير الدستور (كما هو الوضع في الكويت) أو تفسير التشريعات (كما هو الحال في مصر) وهي جميعها قواعد عامة مجردة تهم المجتمع بأسره وتمس جميع أنظمته السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

وهذا الأمر يفرض على القاضي الدستوري ضرورة التأني قبل إصدار أحكامه أو قراراته التفسيرية، حيث يجد من اللازم عليه أن يدرس جيداً الآثار التي من شأنها أن تترتب على هذه الأحكام والقرارات من النواحي المختلفة، فهو لا يفصل في نزاع بين أطراف خاصة، وإنما يفصل في نزاع بشأن مدي اتفاق أحد النصوص التشريعية أو اللائحية مع الدستور. أو يحدد – بقرار منه – تفسيراً ملزماً لنص دستوري أو تشريعي على حسب الأصول بما يستتبعه هذا من نتائج عامة تشمل المجتمع بأسره وتؤثر عليه في جميع جوانب حياته. وهذا يدفع القاضي إلى مراعاة الاعتبارات العملية التي تحيط بالدعاوى والطعون المرفوعة أمامه، والتي تتصل بتطبيق نصوص الدستور على الروابط القانونية المختلفة ، ولا تجعله أسيراً لتفسير حرفي أو جامد لهذه النصوص بالوضع الذي تصورها فيه المشرع الدستوري وقت إقراره لها.

وبعد أن استعرض الاعتبارات العملية في فروع القضاء المختلفة ذهب في خصوص القضاء الدستوري إلى:-

تتخذ الاعتبارات العملية في إطار القضاء الدستوري صوراً عديدة وتكتسب أهمية كبيرة تفوق الأهمية التي تحظي بها هذه الاعتبارات في القضاء في فروع القانون الأخرى، لا سيما في إطار الروابط الخاضعة للقانون الخاص. ويرجع السبب في ذلك إلى طبيعة المهمة المناطة إلى القضاء الدستوري والتي تتمثل في رقابة دستورية القوانين واللوائح وتفسير الدستور، كما هي الحال في الكويت، أو تفسير التشريعات، كما هي الحال في مصر. وجميع هذه النصوص لها صفة العموم، فيه تنطبق على جميع الأفراد والأشخاص القانونية في

المجتمع، وتمس جميع جوانب الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية. والقاضي الدستوري يضع في اعتباره أن القوانين التي يراقب دستوريتها أو يفسرها ليست من صنع السلطة التشريعية وحدها، وإنما هي أيضاً من صنع السلطة التنفيذية التي تشارك، وفقاً للدستور في عملية التشريع. والأحكام والقرارات التي تصدر عن القاضي الدستوري تكون لها حجية مطلقة تسري في مواجهة الكافة وجميع السلطات، كما أنها تتمتع ، كقاعدة عامة، بأثر رجعي. كل هذه العوامل تجعل التأثير الذي تحدثه أحكام وقرارات القضاء الدستوري في المجتمع تأثيراً كبيراً. ولذلك قيل بحق ، إن مفهوم الدستور لا يقتصر على النصوص المدونة في الوثيقة الدستورية، وإنما يتسع من الناحية الواقعية لكي يشمل ما يقضي به القاضي الدستوري في أحكامه وقراراته(١).

وإدراكاً من القاضي الدستوري لهذه الاعتبارات فإنه يزن، بدقة. الآثار التي يمكن أن تترتب على أحكامه وقراراته، وإذا قدر أنه من المحتمل أن الحكم أو القرار الذي اتجه إليه في البداية باعتبار أنه هو الأمر الذي يتفق مع نصوص الدستور مبادئه قد تترتب عليه آثار خطيرة تهدد مصالح بعض فئات المجتمع أو تنتج عنه أزمة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية فإنه يعيد التفكير في الحكم أو القرار ويبتكر الحل الذي يوفق بين هدف احترام المشروعية الدستورية هدف حماية مصالح المجتمع واستقراره، حتى ولو كان هذا الحل يخالف ما يؤدي إليه التفسير الظاهري لنصوص الدستور.

ومما لا شك فيه أن القاضي الدستوري يمارس دوراً سياسياً، فالتشريعات واللوائح الخاضعة لرقابته هي نتاج سياسة عامة للحكومة بمعناها الواسع الذي يشمل السلطتين التشريعية والتنفيذية. وبطبيعة الحال فإن هذه السياسة تستند إلى فلسفة سياسية واقتصادية واجتماعية إعتنقها الحكومة ووضعتها موضع التنفيذ عن طريق هذه التشريعات واللوائح التي ينظر القاضي الدستوري طعناً بعدم

---

(١) أنظر: جيمس إدوارد بوند: أساس إصدار الأحكام، ترجمة هبة نايف مرسي، وإصدار الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، ١٩٩٨ ص ١٤.

دستوريتها أو أن يقوم بتفسيرها. وهو يقوم بهذه المهمة على هدي من نصوص الدستور التي تعكس هي الأخرى الفلسفة السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي اعتنقتها السلطة التأسيسية التي أقرت هذا الدستور. والقاضي الدستوري في كل هذا لا يمكنه أن يجرد نفسه ، بشكل مطلق، من آرائه ومعتقداته الفكرية وأسلوب فهمه الذاتي للنصوص والمبادئ الدستورية.

ولكن الواجب يفرض على القاضي الدستوري أداء مهمته في الرقابة على الدستورية بحرص اتزان دون إفراط أو تفريط، فهو حامي المشروعية الدستورية لا يجوز له أن يمتنع عن الحكم بعدم دستورية التشريع أو اللائحة الذين يخالفان الدستور ، ولكنه في الوقت ذاته جزء من المجتمع وقطعة من نسيجه، وعليه ضرورة ضمان استقرار المجتمع ونظمه وحمايته من الهزات وتوقي الأزمات التي يحتمل أن تحدث نتيجة للأحكام والقرارات التي تصدر عن القضاء الدستوري. وهذا يفرض على القاضي الدستوري تحقيق التوازن بين الاعتبارات المختلفة في أحكامه وقراراته ويجعل منه في المقام الأول قاضي موازنات.

وهناك بعد دستوري مهم في أداء القاضي الدستوري لمهمته في الرقابة على دستورية القوانين يفرض عليه المحافظة على الدستور وضمان التزام السلطة التشريعية بأحكامه، ولكن دون إسراف أو ممارسة تدخل شديد يعرقل العملية التشريعية، وكذلك دون تهاون يؤدي إلى إهدار نصوص الدستور ومبادئه العليا، فإذا تجاوز القاضي في الرقابة على الدستورية واستند إلى غموض بعض نصوص الدستور لكي يفرض آراءه ومعتقداته الشخصية على المشرع فإنه يكون قد خالف مبدأ الفصل بين السلطات لأنه بذلك يتدخل في عمل السلطة التشريعية المنتخبة من الشعب[1]. وبالمقابل. فإنه إذا قصر في ممارسة

---

(١) راجع: Mauro CAPPELLTTI : سلطة القضاة، المنشور في Eeonomica عام ١٩٩٠، ص ٢١٥. ويضم هذا الكتاب مجموعة مقالات وأبحاث للأستاذ مورو كابيليتي قام بترجمتها الأستاذ دافيد من اللغتين الإنجليزية والإيطالية إلى اللغة الفرنسية.

مهمته وتردد في إلزام السلطة التشريعية باحترام الدستور فإنه يكون قد خالف، في هذا الفرض أيضاً. أحكام الدستور. ولم يقم بواجبه في إرساء دعائم المشروعية الدستورية.

وهذا التحليل يدفعنا إلى التأكيد على حقيقة مهمة هي أنه يتعين على القاضي الدستوري أن يضع حدوداً للاعتبارات العملية التي يراعيها في إصدار أحكامه وقراراته التفسيرية. فإذا كان تأثره بالاعتبارات العملية أمراً طبيعياً ويعتبر جزءاً من مهمته، فإن هذا التأثير ينبغي أن يتوقف عند الحد المعقول، لأن القاضي إذا تجاوز في مراعاته لهذه الاعتبارات بحيث أصبح خاضعاً لها أو أسيراً لها على حساب نصوص الدستور ومبادئه فإنه يكون قد خرج عن الدور الذي أناط به الدستور الالتزام به في التفسير وفي الرقابة على دستورية القوانين.

وقد عبر أستاذنا الدكتور أحمد كمال أبو المجد عن ضرورة وجود حدود للدور السياسي للقاضي الدستوري بالعبارة الآتية:- "إن جوهر السياسة القضائية هو تحديد الحد الفاصل بين أداء القاضي لدور سياسي بالمعني الواسع من خلال وظيفته القضائية الملتزمة بحدودها، وبين تصديه للقيام بعمل سياسي مكشوف يصعب الدفاع عنه لأنه تخلص من الرداء القضائي مع أن هذا الرداء القضائي هو الذي منح من أجله الاستقلال. إن القاضي يقوم بنوع من التشريع، والقاضي بشر، ونصوص القانون والدستور حمالة أوجه، وبقدر ما يكون فيها من إجمال وإيجاز بقدر ما يتسع التفويض الممنوح للقاضي.. وتظهر الدقة والصعوبة أكثر ما تظهر في موضوع الرقابة على دستورية القوانين[1]. كما عبر أستاذنا عن حدود هذه الرقابة بعبارة بليغة مؤداها أنها "سلاح ذو حدين"، فهي إن أحسن القضاء استعمالها واعتدل في ممارستها كان مظهراً أساسياً من مظاهر سيادة القانون ووسيلة فعالة من وسائل حماية حقوق الأفراد والأقليات.

---

(١) أنظر أعمال الندوة التي نظمها نادي القضاة حول موضوع استقلال القضاء، بتاريخ ٢٢ مارس ١٩٩٠، والمنشور في مجلة القضاة ، عدد يناير – يونيو ١٩٩٠، ص ٢٩.

أما إذا اشتط في استعمالها ، واستغل غموض النصوص الدستورية التي تحاكم أعمال السلطات العامة إليها للوقوف في وجه اتجاه الأغلبية المنتخبة في المسائل الاجتماعية والاقتصادية، وفرض وصاية قضائية على الهيئة التشريعية فإنها تنقلب حينئذ إلى معول خطير من معاول هدم الحياة الديمقراطية السليمة(١).

ولكن هذا الوضع الأمثل الذي نتحدث عنه، والذي يتمثل في قيام القاضي الدستوري بتحقيق توازن دقيق بين واجب فرض احترام نصوص الدستور ومبادئه على السلطة العامة، وضرورة مراعاة الاعتبارات العملية والملابسات والظروف المحيطة بالدعوى والطعون التي يفصل فيها، قد لا يتحقق في بعض الأحيان في الواقع العملي. وسوف نري من خلال دراستنا كيف أن المحكمة الدستورية الكويتية تتردد كثيراً في ممارسة مهمتها في الرقابة على دستورية القوانين، وتطبق سياسة متحفظة تضع بمقتضاها قيوداً شديدة تحد من اختصاصاتها، وذلك على الرغم من مرور فترة ليست بالقصيرة على إنشائها حيث أنها أنشئت عام ١٩٧٣.

أما المحكمة الدستورية المصرية فلها تجربة ثرية في مجال الرقابة على دستورية التشريعات واللوائح وتفسير القوانين، وهي تجربة تتسم بوجه عام، بالتوازن، وإن كانت المحكمة قد تجاوزت في بعض أحكامها، كما سوف نري، الدور المحدد لها ومارست رقابة مبالغاً فيها، في اعتقادنا، على السلطة

---

(١) أنظر رسالة الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري للدكتور/ أحمد كمال أبو المجد. مكتبة النهضة المصرية، ١٩٦٠، ص ٥٩١.
وقد تبني الدكتور محمد عصفور موقفاً مماثلاً فيما يتعلق بحدود رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة بقوله: "إن سيادة القانون في نظري لا يمكن أن تتحقق بالتراخي أو بالتغالي في الرقابة القضائية، ذلك أن أي لون من ألوان الرقابة القضائية المتحكمة يخرج القضاء عن حدوده حتماً، كما وأن انعدام الرقابة القضائية أصلاً يؤدي إلى انهيار الشرعية: أنظر : مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، ١٩٥٧، ص ١٣٧.

التقديرية للمشرع. وتبين لنا دراسة تاريخ القضاء الدستوري في القانون المقارن أن تجاوز المحاكم الدستورية لدورها وحدود اختصاصاتها وممارستها لتدخل شديد في مواجهة كل من السلطة التشريعية المنتخبة والحكومة التي كثيراً ما تكون المصدر الأول لمشروعات القوانين التي يقرها البرلمان. ينذر بعواقب وخيمة ويفتح الباب لاحتمالات حدوث مواجهات مباشرة بين السلطات العامة وأزمات سياسية قد تؤدي باستقرار أنظمة المجتمع، وتؤثر على مستقبل القضاء الدستوري ذاته[1].

وفي تحليله لأحكام المحكمة الدستورية العليا ذهب الفقيه إلى أنه قد اتسع تأثير الاعتبارات العملية في الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية في مصر في مجال الرقابة على دستورية التشريعات واللوائح لكي يشمل مجالات عديدة أهمها: تطبيق الشريعة الإسلامية، تطبيق نظرية الضرورة، كفالة حق التقاضي، تحقيق الأمن القانوني للأفراد، السياسة الاقتصادية للدولة، وتحقيق الأمن المادي والاجتماعي.

وأهم مظاهر السياسة القضائية للمحكمة الدستورية في هذه الحالات:

الاعتراف للمشرع بسلطة تقديرية واسعة في مجال الموائمة بين القوانين القائمة حالياً وأحكام الشريعة الإسلامية ، وعدم التوسع في ممارسة رقابة الدستورية على الأعمال التشريعية الصادرة عن الحكومة في حالات الضرورة، والحكم بدستورية القوانين التي استثني بها المشرع بعض طوائف من المنازعات الإدارية من اختصاص مجلس الدولة، أو التي أنشأ بها المشرع محاكم استثنائية، وتطبيق نظرية الأمن القانوني لحماية الأوضاع القانونية الظاهرة واستقرار المراكز القانونية والحقوق المكتسبة للأفراد، والحكم بدستورية سياسة الخصخصة ، والتي تتمثل في بيع المشروعات العامة المملوكة للدولة للأفراد دون أن تضع المحكمة الدستورية أية قيود على حرية

---

(١) د. يسري العصار المؤلف سالف البيان ص ٤٩.

الحكومة في تطبيق هذه السياسة، وإعادة التوازن في العلاقة بين المؤجر والمستأجر، وتحقيق الأمن المادي والاجتماعي.

ومن أهم التحليلات التي أتي بها الفقيه ما قام بتصنيفه تحت عنوان الأمن القانوني وذهب في ذلك :-

تعني فكرة الأمن القانوني ضرورة التزام السلطات العامة بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد أدني من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية من أشخاص قانونية عامة وخاصة بحيث تتمكن هذه الأشخاص من التصرف بإطمئنان على هدي من القواعد والأنظمة القانونية القائمة وقت قيامها بأعمالها وترتيب أوضاعها على ضوء منها دون التعرض لمفاجئات أو تصرفات مباغته صادرة عن السلطات العامة يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة أو العصف بهذا الاستقرار، كأن تقرر السلطات العامة تطبيق قواعد قانونية جديدة تشريعية أو لائحية، بأثر رجعي يرتد إلى الماضي، أو أن تقرر المساس بالحقوق المكتسبة للأفراد التي استمدوها بطريق مشروع من القوانين القائمة والتي تبلغ درجة عالية من الأهمية تجعلها تندرج بين الحقوق والحريات الأساسية التي نص عليها الدستور مثل الحق في الملكية والحق في التأمين الاجتماعي وغيرها من الحقوق والحريات الأساسية، أو أن تصطدم القواعد القانونية الجديدة مع التوقعات المشروعة للأفراد، والتي تكونت لدي هؤلاء بناء على أسس موضوعية مستمدة من الأنظمة القائمة وسياسات الدولة المعلنة رسمياً والوعود المقدمة من الحكومة والتأكيدات والتقديرات الصادرة عنها ويتصل بذلك أيضاً أن الأثر الرجعي للأحكام الصادرة عن القضاء الدستوري في مجال الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين بعدم دستورية نص تشريعي أو لائحي تم تطبيقه خلال فترة زمنية معينة ورتب الأفراد أوضاعهم بناء عليه، ينبغي أن تكونَ له ضوابط بحيث لا يطغي هدف إرساء دعائم المشروعية الدستورية على ضرورة ضمان الاستقرار للمراكز القانونية واحترام الحقوق المكتسبة للأفراد ، والتي تعتبر هي الأخرى من دعائم الدولة القانونية ومن أهم الغايات التي يسعي

القانون إلى تحقيقها. ولكن لا يؤدي مبدأ الأمن القانون إلى جمود القواعد والأنظمة القانونية وإل غل يد السلطات العامة عن التدخل والقيام بالإصلاحات التشريعية والإدارية التي تفرضها المصلحة العامة فإن سياسة التشريع التي تطبقها السلطة التشريعية في القوانين التي تسنها، والتي تتبعها السلطة التنفيذية في اللوائح الإدارية التي تصدرها، ينبغي أن تهدف إلى تحقيق التوازن والمواءمة بين اعتبارين: من ناحية قابلية الحياة القانونية للتطور والتغير في المجالات السياسية والاجتماعية و الاقتصادية وغيرها من المجالات، ومن ناحية أخري حق الأفراد في الاعتماد على قدر كاف من موضوع القواعد القانونية والتزام جميع السلطات العامة التشريعية والتنفيذية والقضائية ، بضمان الثبات النسبي والاستقرار للمراكز القانونية لهؤلاء الأفراد واحترام حقوقهم المكتسبة وتوقعاتهم المشروعة المبنية على أسس موضوعية مستمدة من الأنظمة القائمة والسياسات المعلنة رسمياً من جانب السلطات العامة.

ويتميز الحق في الأمن القانوني عن الحق في الأمن الفردي، كما يتميز عن الحق في الأمن المادي. فالحق في الأمن الفردي هو أحد الحقوق الأساسية التي تتمتع بقيمة دستورية تشمل جميع العناصر التي يتكون منها هذا الحق والتي تتمثل فيما يلي:-

١ـ مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي يقوم على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وأن العقوبات يجب أن تكون متناسبة مع مقدار جسامة المخالفات(١).

٢ـ التزام المشرع بتحديد الأفعال التي يجرمها باعتبارها مخالفات جنائية بطريقة واضحة ودقيقة(٢).

---

(١) المادة ٦٦ من الدستور المصري الصادر عام ١٩٧١ والمادة ٣٢ من الدستور الكويتي الصادر عام ١٩٦٢.

(٢) من التطبيقات القضائية في هذا الشأن حكم المحكمة الدستورية في مصر بتاريخ ٣ فبراير ١٩٩٦، القضية رقم ٣٣ للسنة القضائية رقم ١٦ ، الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٩٦/٢/١٧.

٣- قرينة البراءة[١].

٤- حظر الإجراءات التعسفية المقيدة للحريات الفردية كالقبض على الأشخاص أو اعتقالهم دون سند من القانون[٢].

٥- احترام حقوق الدفاع[٣].

ويتمثل حق الأمن المادي في عدد معين من الحقوق الاجتماعية التي ينص الدستور علي ضرورة قيام الدولة بكفالتها للأفراد من بينها:-

١- الحق في العمل[٤].

٢- الحق في الرعاية الصحية[٥].

٣- معاشات العجز عن العمل والبطالة والشيخوخة والتأمينات الاجتماعية[٦].

٤- تحقيق التكافل الاجتماعي بمعني التزام الدولة باتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة من أجل تضامن فئات المجتمع المختلفة من أجل تحمل الأعباء الناجمة عن الكوارث والمحن العامة وتعويض المصابين من جراء الحروب والكوارث والأزمات[٧].

ولا يعد مبدأ الأمن المادي من المبادئ التي تضع على عاتق الدولة التزاما شاملاً أو مطلقاً بمعني أن تلتزم الدولة بكفالة الحقوق الاجتماعية التي

---

(١) المادة ٦٧ من الدستوري المصري والمادة ٣٤ من الدستور الكويتي.

(٢) المادتان ٤١، ٤٢ من الدستور المصري، والمادة ٣١ من الدستور الكويتي.

(٣) المواد ٦٧، ٦٩، ٧١ من الدستور المصري، والمادة ٣٤ من الدستور الكويتي.

(٤) المادة ١٣ من الدستور المصري، والمادة ٤١ من الدستور الكويتي.

(٥) المادة ١٧ من الدستور المصري، والمادة ١١ من الدستور الكويتي.

(٦) المادة ١٧ من الدستور المصري ، والمادة ١١ من الدستور الكويتي.

(٧) المادة ٧ من الدستور المصري، والمادة ٢٥ من الدستور الكويتي.

ينص عليها الدستور لجميع الأفراد بشكل مطلق لا حدود له وإنما يعني مبدأ الأمن المادي أن الدولة ينبغ يعليها أن توفر للأفراد حق التمتع بهذه الحقوق والحصول على الخدمات الاجتماعية التي تترتب عليها في حدود الموارد المالية للدولة في إطار المبادئ الأخرى التي ينص عليها الدستور مثل مبدأ المساواة بين الأفراد أمام القانون وأمام المرافق العامة وفي توزيع للخدمات العامة وتحمل الأعباء العامة.

أما فيما يتعلق بمبدأ الأمن القانوني فإنه لا يعتبر مبدأ دستورياً مستقلاً قائماً بذاته، وإنما يشتمل هذا المبدأ على صور عديدة بعضها فقط يتمتع بقيمة دستورية بينما لا يمكن إسباغ صفة المبدأ الدستوري على بعضها الآخر. ويمكن التمييز بين أربع صور لفكرة الأمن القانوني:-

١- الصورة الأولي هي عدم رجعية القوانين، ويسبغ الدستور على هذه القاعدة قيمة دستورية، حيث يقرر الدستور في كل من مصر والكويت وفرنسا بنص صريح عدم جواز تطبيق النصوص الجنائية بأثر رجعي، كما يقيد الدستور في مصر والكويت من تطبيق نص قانوني بأثر رجعي في غير المواد الجنائية باشتراط إقرار البرلمان لهذا النص بأغلبية خاصة، ويتطلب القضاء الدستوري في مصر والكويت وفرنسا لإمكان تطبيق نص قانوني بأثر رجعي، في غير المسائل الجنائية، أن يستند القانون الذي يقرر هذا الأثر الرجعي إلى مصلحة عامة أو ضرورة تبرره. كما لا يجوز أن يؤدي تطبيق القانون بأثر رجعي إلى المساس بحجية الأمر المقضي التي تتمتع بها الأحكام القضائية.

٢- والصورة الثانية للأمن القانوني هي ضرورة احترام الحقوق المكتسبة للأفراد التي استمدوها بطريق مشروع من القوانين القائمة متى كانت هذه الحقوق المكتسبة تتعلق بممارسة إحدى الحريات العامة أو أحد الحقوق الأساسية التي ينص عليها الدستور مثل حق الملكية والحق في التأمينات الاجتماعية وذلك إذا لم تنشأ ضرورة تضطر المشرع إلى التغيير في هذه الحقوق المكتسبة. وتعتبر هذه القاعدة من القواعد ذات القيمة الدستورية وفقاً لما قرره القضاء الدستوري في مصر وفرنسا والكويت.

٣- والصورة الثالثة للأمن القانوني هي وجوب التزام الدولة – في التشريعات واللوائح التي تصدرها – بعدم مفاجأة أو مباغته الأفراد أو مصادمة توقعاتهم المشروعة. وتعد هذه القاعدة من القواعد القانونية الملزمة عي مستوي الإتحاد الأوربي حيث قرر مؤسسات هذا الإتحاد التزام حكومات الدول الأعضاء بتطبيق هذه القاعدة في التشريعات واللوائح التي تصدرها. أما على المستوي القومي أو الداخلي في دول الإتحاد الأوربي فقد ثار نقاش في الفقه والقضاء حول القيمة القانونية لفكرة التوقع المشروع أو الثقة المشروعة للإفراد Légitime confiance حيث ذهب اتجاه إلى إسباغ قيمة دستورية عليها بينما رفض المجلس الدستوري الفرنسي اعتبارها مبدأ دستورياً وقصر القضاء نطاق التزام السلطات العامة بها على القوانين واللوائح التي تصدر تنفيذاً للقانون الأوربي وحده.

أما المحكمة الدستورية المصرية فقد أشارت في حيثيات عدد من أحكامها إلي فكرة التوقع المشروع من جانب الأفراد واعتبرت أن السلطة التشريعية تلتزم دستورياً بمراعاتها. ولكن المحكمة لم تستند إلى هذه الفكرة في منطوق أي حكم من أحكامها. ولذلك يثور السؤال حول مدي اعتبار التوقع المشروع من المبادئ ذات القيمة الدستورية في القانون المصري.

والصورة الرابعة للأمن القانوني تتعلق بوجوب تقرير ضوابط للأثر الرجعي للأحكام الصادرة من القضاء الدستوري وهو بصدد ممارسة الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين. فمما لا شك فيه أن الحكم بعدم دستورية نص تشريعي أو لائحي واعتباره كأن لم يكن، وذلك بعد مرور فترة زمنية معينة على صدور هذا النص يمكن أن يمس الأمن القانوني للأشخاص الذي انطبق عليهم هذا النص خلال فترة سريانه حيث أنهم رتبوا أوضاعهم طوال هذه الفترة وفقاً لهذا النص. وفي هذا الصدد قرر المشرع في مصر ضوابط معينة للأثر الرجعي لأحكام المحكمة الدستورية، وذلك في المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ تتمثل في عدم المساس بالمراكز القانونية التي استقرت بالتقادم أو بحكم قضائي نهائي.

وقد كان الأثر الرجعي لأحكام المحكمة الدستورية المصرية محل جدل فني وسياسي كبير منذ عام ١٩٧٩ وحتى ١٩٩٨ حيث صدر قرار جمهوري بقانون يمنح المحكمة الدستورية سلطة تقديرية في هذا المجال بحسب ما يتراءى لها من ظروف كل دعوى على حدة. وهذا الحل الأخير يتفق مع الوضع المطبق في بلجيكا والبرتغال. أما في الكويت فإن الأثر الرجعي لأحكام المحكمة الدستورية يستند إلى نص المادة ١٧٣ من الدستور الصادر عام ١٩٦٢.

وعلى الرغم من أن الدستور في مصر قد أجاز للمشرع بالشرط السابق تقرير أثر رجعي للنصوص التشريعية غير الجنائية، فإن الاعتبارات العملية قد دفعت المحكمة الدستورية في البلدين إلى تقييد الأثر الرجعي لبعض النصوص التشريعية. ومن التطبيقات القضائية في هذا المجال:

أ- تقييد المحكمة الدستورية المصرية للأثر الرجعي لبعض الضرائب والرسوم.

ب- الحكم بعدم دستورية الأثر الرجعي للعقوبات التأديبية.

ج- عدم دستورية المساس بأثر رجعي بحق الملكية الذي اكتسبه من وضع يده على أرض مملوكة للدولة، وفقاً لقضاء المحكمة الدستورية الكويتية.

وبخصوص عدم دستورية الأثر الرجعي للعقوبات التأديبية:-

فقد عرض على المحكمة الدستورية طعن بعدم دستورية المادة الثانية من القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٣، المنظم لشؤون ضباط القوات المسلحة، فيما تضمنته من سريان العقوبات الانضباطية المقررة في المادة الأولي من هذا القرار بقانون بأثر رجعي يرتد إلى أول يناير ١٩٦٣[١]. ولما لم تجد المحكمة

(١) وهذه العقوبات هي: حرمان الضابط من أقدميته في الرتبة، تنزيله من رتبته إلى رتبة أدني منها، تنزيله إلى درجة ضابط صف أو عسكري.

الدستورية في الدستور نصاً مباشراً يحظر تقرير أثر رجعي للعقوبات التأديبية قامت بتفسير بعض نصوص الدستور تفسيراً واسعاً لكي تقرر بناء على هذا التفسير أن الأثر الرجعي للعقوبات التأديبية يتنافي مع مبادئ الدستور. والنصوص التي استندت عليها المحكمة الدستورية في هذا الحكم هي: نص المادة الأولي من الدستور التي تقرر أن النظام في مصر نظام ديمقراطي ، ونص المادة الثالثة بشأن سيادة الشعب، ونص المادة الرابعة التي جعلت من النظام الاشتراكي الديمقراطي أساساً للدولة، ونص المادة الخامسة والستين بشأن خضوع الدولة للقانون واستقلال القضاء.

وفي رأينا أن هذه صور من صور مراعاة المحكمة الدستورية للاعتبارات العملية في قضائها. فالمحكمة لم تجد نصاً في الدستور يحظر تقرير أثر رجعي للعقوبات التأديبية. ولكنها لم تقف مع ذلك مكتوفة الأيدي، ولم تقض برفض الدعوى لعدم مخالفة النص المطعون فيه لأي نص من نصوص الدستور، وإنما قضت بعدم دستورية الأثر الرجعي للعقوبات التأديبية بناء على تفسير واسع لبعض نصوص الدستور التي لا توجد بينها وبين النص المطعون فيه علاقة مباشرة. ويمكن أن نعتبر أن المحكمة الدستورية قد استلهمت روح النصوص الدستورية لكي تستنبط مبدأ يقضي بعدم دستورية تقرير أثر رجعي للعقوبات التأديبية.

ولا يعتبر تحليلنا للسياسة القضائية للمحكمة الدستورية في هذا المجال من قبيل النقد لها، بل إننا على العكس من ذلك نؤيد المحكمة في إتباع هذه السياسة لأنها تسهم في إرساء دعائم الشرعية الدستورية واحترام الدستور نصاً وروحاً[1].

---

(١) د. يسري العصار المرجع السابق ص ٢٦٨.

ومن الاعتبارات العملية التي أشار إليها الفقيه منهج القاضي الدستوري في التقييد الذاتي لسلطته وذهب[1]:-

يمارس القاضي الدستوري دوراً عظيم الأهمية وواسع الأثر في النظام القانوني للدولة، فهو يفرض رقابته على التشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية واللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية، والتي تنظم أنشطة المجتمع في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ويصدر بشأنها أحكاماً لها حجية مطلقة تسري في مواجهة الكافة، وذلك سواء قرر في أحكامه اتفاق هذه التشريعات واللوائح مع الدستور أم قرر مخالفتها له، كما يملك القاضي الدستوري إصدار قرارات تفسيرية ملزمة لجميع السلطات وللكافة يفسر بها نصوص الدستور (كما هو الوضع في القانون الكويتي)، أو يفسر بها أحد التشريعات (كما هو الوضع في القانون المصري).

ولا مراء في أن الأحكام والقرارات التي يصدرها القاضي الدستوري تمس الحكومة بشكل مباشرة، فهذه الأخيرة هي المحرك الأساسي للتشريعات التي يصدرها البرلمان، كما أنها هي التي تتولى إصدار اللوائح. وتعتبر هذه الأعمال جميعاً من أهم الوسائل التي تستخدمها الحكومة من أجل تنفيذ السياسة التي تعتنقها في الميادين المختلفة.

وتظهر بجلاء خطورة الدور الذي تضطلع المحكمة الدستورية بالقيام به في الفرض الذي يتسبب فيه أحد الأحكام الصادرة عنها بعدم دستورية تشريع معين أو أحد قراراتها التفسيرية في إجهاض سياسة عامة من بين السياسات التي تسير عليها الحكومة. وينتج عن هذا الأمر وجود إحتمال دائم لنشوء توتر في العلاقة بين المحكمة الدستورية والحكومة.

ولكن يتجنب القاضي الدستوري هذه النتيجة فإنه يجد نفسه مدفوعاً إلى إتباع منهج عملي يقوم على وضع بعض الحدود على سلطته في الرقابة على

---

(١) د. يسري العصار المرجع السابق ص ٥٣.

دستورية القوانين واللوائح ووضع بعض الضوابط على ممارسته لسلطته. والهدف ن ذلك هو عدم إثارة حساسية الحكومة، وتمكينها من تطبيق السياسات التي تتبناها، دون أن يكون القاضي الدستوري سبباً في عرقلة تنفيذ هذه السياسادت أو الحيلولة بين الحكومة وتحقيق أهدافها.

وبفضل هذا المنهج العملي للقاضي الدستوري فإنه يمنع أية محاولات من جانب الحكومة أو البرلمان للحد من سلطاته أو تقييد اختصاصاته.

وقد كان للمحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية فضل السبق على المحاكم الدستورية في الدول الأخرى في وضع ضوابط ذاتية على سلطتها في رقابة دستورية القوانين. وتتمثل هذه الضوابط من ناحية في عدم مد نطاق الرقابة التي تمارسها المحكمة إلى الرقابة على الأعمال السياسية، ومن ناحية أخري عدم تعرض المحكمة للمشكلة الدستورية إلا إذا كان ذلك لازماً وضرورياً من أجل الفصل في موضوع الخصومة الأصلية التي ثار بصددها الدفع بعدم دستورية التشريع المطعون فيه، ومن ناحية ثالثة إقرار القضاء بوجود قرينة قانونية تقوم على افتراض أن الأصل العام في القوانين هو سلامتها من الناحية الدستورية وعدم مخالفتها للدستور، وأخيراً عدم شمول الرقابة على دستورية القوانين للبواعث التي دفعت السلطة التشريعية لإصدارها أو الملاءمات التي استندت عليها في سن هذه التشريعات(١).

وقد اعتنقت المحكمة الدستورية في مصر وفي الكويت ، بدورها، سياسة قضائية عملية في مجال تفسير النصوص وفي الرقابة على دستورية القوانين، ووضعت كل واحدة منها قيوداً ذاتية على سلطتها بهدف تحقيق التوازن بين

---

(١) راجع حول هذه الضوابط رسالة الدكتور احمد كمال أبو المجد بعنوان الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري، مرجع سبقت الإشارة إليه، ، ص ٤٣٩ ـ ٤٩٥، ورسالة الدكتور هشام محمد فوزي عبدالفتاح المقدمة أمام جامعة عين شمس عام ١٩٩٨ حول رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر، ص ٥٤١- ٥٦٧.

واجبها في ضمان احترام القوانين واللوائح للدستور وإرساء دعائم المشروعية الدستورية من ناحية، وضرورة التزام كل منهما بحدود اختصاصها وعدم الإسراف في ممارسة الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع من ناحية أخرى.

وقد عبر الدكتور عوض المر، الرئيس السابق للمحكمة الدستورية المصرية عن سياسة المحكمة في فرض قيود ذاتية على سلطتها بالعبارات الآتية[١]:-

ولئن جاز القول بأن المحكمة الدستورية العليا لا يجوز أن تتنصل من اختصاص أنيط بها، وفقاً للدستور أو القانون أو كليهما، فإن عليها – وبنفس القدر – ألا تخوض في اختصاص ليس لها، ذلك أن إنكارها لولايتها أو مجاوزتها لتخومها ممتنعان من الناحية الدستورية. ولا يجوز، بالتالي، أن تترخص فيما عهد إليها به من المسائل الدستورية كلما كان تصديها لها لازماً، ولو لابستها صعوبات لها ووزنها أو قارنتها محاذير لها خطرها.

بيد أن ذلك لا يعني الاندفاع بالرقابة على الدستورية إلى آفاق تجاوز مقتضياتها أو مباشرتها دون قيود تتوازن بها. بل يتعين أن تكون هذه الرقابة – ولضمان فاعليتها – محددة طرائقها ومداخلها جلية أسسها ومناهجها، وأن تمارس في إطار مجموعة من الضوابط التي لا تفرضها عليها سلطة أعلي تحد بها من حركتها ، لضمان أن تكون الرقابة على الدستورية منحصرة في حدود المنطقية، فلا يكون التدخل بها مؤذناً بانفلاتها من كوابحها، بل قصدا بما يصون موجباتها، ولا يخرجها عن حقيقة مراميها كأداة تكفل – في آن واحد – سيادة الدستور ومباشرة السلطتين التشريعية والتنفيذية لاختصاصاتها التقديرية دون عائق. ومن ثم، كان اللجوء إلى المحكمة العليا مقيداً بضرورة أن يكون تدخلها لازماً وملاذاً نهائياً. وتنحل هذه الضوابط في واقعها – إلى قيود ذاتية فرضتها المحكمة الدستورية العليا على نفسها، فلا تفصل بموجبها في دستورية نص تشريعي في غير خصومة تعكس بمضمونها حقيقة التناقض بين مصالح أطرافها، ولا في دستورية نص تشريعي يكون الطاعن قد أفاد من مزاياه، أو إذا

---

(١) شغل المستشار الدكتور عوض المر منصب رئيس المحكمة الدستورية المصرية من عام ١٩٩١ إلى عام ١٩٩٨.

كانت الأضرار التي أحدثها لا تتصل بالمصالح التي يدعيها اتصالا شخصياً ومباشراً. وليس لها كذلك أن تقرر قاعدة دستورية لم يحن بعد أوان إرسائها، ولا أن ترسلها لتجاوز – باتساعها ومداها – والحدود التي يقتضيها الفصل في النزاع المعروض عليها. وعليها دوماً – وكشرط مبدئي لممارستها لرقابتها على الدستورية – أن تستوثق مما إذا كان ممكناً تأويل النص التشريعي المطعون عليه على نحو ينجبنها الحكم بعدم دستوريته.

تلك حدود الرقابة على الشرعية الدستورية، ولكن جوهرها يظل دوماً بيد المحكمة الدستورية العليا ، لا يتنازعها في ولايتها خصم ولا يملك زمامها سواها، فأمرها عائداً إليها...(١)".

وتتمثل القيود الذاتية التي فرضتها المحكمة الدستورية في مصر والكويت على سلطتها في رقابة دستورية القوانين في النقاط التالية:-

أولاً:- ممارسة رقابته الدستورية على ضوء النصوص الدستورية المكتوبة التي تتضمنها وثيقة الدستور دون رجوع إلى أية مبادئ عامة غير مكتوبة أو قواعد ذات قيمة أقل من قيمة الدستور.

ثانياً:- استبعاد المحكمة الدستورية لأعمال السيادة من نطاق اختصاصها.

ثالثاً:- التلازم الحتمي بين الخصومة الدستورية والخصومة الموضوعية التي أثير بصددها الدفع بعدم الدستورية.

---

(١) الدكتور عوض المر في المقدمة التي تكبها للجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا . وقد سبق للمحكمة الدستورية ذكر هذه القيود الذاتية التي تضعها بمحض اختيارها على سلطتها في ممارسة الاختصاصات التي أناطها القانون إليها، وذلك في حيثيات حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٤/٨٧/١٤ في القضية رقم ٣٥ لسنة ٩ القضائية.

رابعاً:- الإقرار بوجود قرينة قانونية لصالح التشريعات واللوائح يفترض بمقتضاها أن هذه التشريعات واللوائح موافقة لأحكام الدستور حتى يثبت العكس بناء على أسانيد أكيدة لا تحتمل الشك.

خامساً:- عدم امتداد رقابة الدستورية، كأصل عام، إلى الملاءمات التي أدت إلى إصدار القانون إلى البواعث التي دفعت إلى إصداره[1].

وهذه القيود الذاتية لم تتقيد بها المحكمة الدستورية العليا في عديد من الحالات بما يقطع بسلطة القاضي الدستوري اللانهائية في التحرر من القيود حتى تلك التي وضعها لنفسه.

وقد إنتهينا في مؤلفنا عن الدفوع في نطاق القانون العام إلى وضع بعض الأطر لعمل قاضي القانون العام للحد من سلطته التقديرية الواسعة في الرقابة على أعمال السلطات العامة وأشر نا إلى ضرورة الإهتمام بإختيار قاضي القانون العام وتدريبه وعقد الندوات والمؤتمرات والمحاضرات التي تساهم في ترسيخ ضوابط القيود الذاتية على عمله، حيث أنه لا يمكن وضع ضوابط تشريعية صارمة لعمله لأنه في النهاية سيتحايل عليها.

---

(١) د. يسري العصار المرجع السابق ص ٥٧ وأنظر في اتجاهات المحكمة الدستورية العليا في خصوص تطبيقها لمفاهيمها رقابتها للملائمة مؤلفنا الدفوع في قضاء القانون العام الجزء الرابع الدفوع والإجراءات العامة المحكمة الدستورية العليا.

المراجع

١- د. ثروت عبدالعال أحمد - الحماية القانونية للحريات العامة بين النص والتطبيق - دار النهضة العربية ١٩٩٨.

٢- د. جورج شفيق ساري - رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري - دار النهضة العربية ص ٣٠ وما بعدها.

٣- د. رمزي الشاعر رقابة دستورية القوانين - دراسة مقارنة طبعة سنة ٢٠٠٤.

٤- د. زكي محمد النجار - فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري سنة ١٩٩٧.

٥- د. شعبان أحمد رمضان - رسالة ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين سنة ٢٠٠٠.

٦- د. عادل الطبطبائي - الحدود الدستورية بين السلطة التشريعية والسلطة القضائية - مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت سنة ٢٠٠٢.

٧- د. عبدالحفيظ على عبدالحفيظ الشيمي - القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية - رسالة جامعة القاهرة سنة ٢٠٠٠ ص ٣٣٣.

٨- د. عبدالحميد حسن محمد - حماية الحقوق والحريات في مجال أحكام المحكمة الدستورية العليا - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة سنة ١٩٩٩.

٩- د. عبدالعزيز محمد سالمان - رقابة دستورية القوانين - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس سنة ١٩٩٤.

١٠- د. عبدالمنعم عبدالحميد إبرهيم - رسالة المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي - جامعة القاهرة سنة ٢٠٠١.

١١- المستشار الدكتور عوض المر - الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها العامة.

١٢- د. عيد أحمد الغفلول – فكرة عدم الإختصاص السلبي للمشرع سنة ٢٠٠٣– دراسة مقارنة – دار الفكر العربي.

١٣- د. فاروق عبدالبر – دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الحقوق والحريات – أربعة أجزاء – دار النهضة العربية.

١٤- أ.د. فتحي فكري الاعتقال، دراسة للمادتين الثانية والثالثة مكرر من قانون الطوارئ – دار النهضة العربية سنة ١٩٨٩.

١٥- د. محمد عبداللطيف – التصحيح التشريعي سنة ١٩٩١ دار النهضة العربية وتطورات القضاء الدستوري في فرنسا خمس سنوات سنة ٢٠٠٥ دار النهضة العربية.

١٦- د. محمد فريد سيد سليمان الزهيري – الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري- رسالة الدكتوراه – جامعة المنصورة سنة ١٩٨٩.

١٧- د. نبيلة عبدالحليم كامل- الرقابة القضائية على دستورية القوانين (القضاء الدستوري) دار النهضة العربية سنة ١٩٩٣.

١٨- رسالة د. هالة أحمد سيد أحمد المغازي – دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الحريات الشخصية – جامعة الإسكندرية سنة ٢٠٠٤.

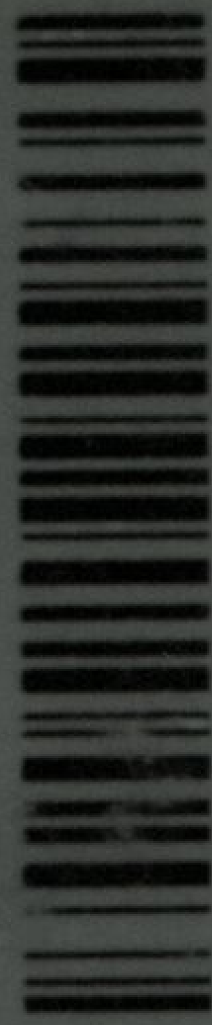
١٩- د. هشام محمد فوزي – رسالة رقابة دستورية القوانين – دراسة مقارنة في أمريكا ومصر سنة ٢٠٠١.

٢٠- د. وهيب عياد سلامة – أسلوب إصدار المحكمة الدستورية العليا لأحكامها – دار النهضة العربية سنة ١٩٩٢.

٢١- د. يسري العصار – دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري – دراسة مقارنة سنة ١٩٩٩ دار النهضة العربية.

٢٢- د. يسري محمد العصار – التصدي في القضاء الدستوري سنة ١٩٩٩ دار النهضة العربية.

الفهرس


Bibliotheca Alexandrina
1202708